RECHTSEMPIRIE UND RECHTSTHEORIE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM SONNABEND, DEN 1. DEZEMBER 1906, VORMITTAG 12 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

WALTHER HABRUCKER

REFERENDAR

AUS **KÖNIGSBERG** i. Pr.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

OPPONENTEN:

HERR CAND. JUR. **HANS PETERS** AUS HANNOVER.

HERR CAND. JUR. **WALTER SCHMIDT-RIMPLER** AUS HALLE a. S.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546024_0153

Verzeichnis der zitierten Werke.

(Bei den einzelnen Anführungen sind die Titel in abgekürzter Form wiedergegeben.)

1. Bekker, „System des heutigen Pandektenrechtes". Bd. I. 1886.
2. Bruns, „Geschichte u. Quellen des Römischen Rechtes" in Holtzendorffs „Rechtsenzyklopädie". 5. Aufl. 1890.
3. Dernburg, „Pandekten". Bd. I. 7. Aufl. 1902.
4. — —, „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Dritter Band. Das Sachenrecht". 3. Aufl. 1904.
5. Endemann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 8. u. 9. Aufl. Zweiter Band, erste Abteilung: Sachenrecht". 1905.
6. Haeckel, „Natürliche Schöpfungsgeschichte". 8. Aufl. 1889.
7. Kant, „Kritik der reinen Vernunft" (nach der Originalausgabe B 1787).
8. Neumann, „Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich". Bd. I. 3. Aufl. 1903.
9. Puchta, „Pandekten". 12. Aufl. von Schirmer. 1877.
10. Stammler, „Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung". 2. Aufl. 1906.
11. — —, „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren". 1897.
12. — —, Artikel: „Eigentum und Besitz" im „Handwörterbuch der Staatswissenschaften". 2. Aufl. Bd. III. S. 302.
13. — —, Artikel: „Schuldverhältnisse" ebenda Bd. VI. S. 612.
14. — —, „Die Lehre von dem richtigen Rechte". 1902.

15. Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich.
16. Denkschrift zum Entwurfe eines B. G. B.

Zur Vermeidung von Wiederholungen bemerke ich gleich hier, dass ich hinsichtlich der allgemeinen Theorie des sozialen Lebens auf dem Standpunkte der kritischen Rechtsphilosophie steh und für die nähere Begründung auf die oben zu (10) und (14) genannten Werke von Stammler „W. u. R." und „Richt. R." Bezug nehme.

„Wenngleich alle unsere Erkenntnis mit der Erfahrung anhebt, so entspringt sie darum doch nicht eben alle aus der Erfahrung.“ Kant.

I.

Zwischen den Jüngern der einzelnen Disziplinen menschlichen Wissens herrscht vielfach Meinungsverschiedenheit darüber, ob denn den anderen Wissensgebieten überhaupt der Rang einer Wissenschaft mit Recht zukäme. Die Naturforscher und Mathematiker behaupten gar zu gern, dass nur Mathematik und Naturwissenschaft wahre Wissenschaften seien, wohingegen umgekehrt die Bekenner der „Geisteswissenschaften“ (Philologen und Logiker) mit Mitleid auf die Naturforschung herabblicken, die ja „nur“ Erfahrungserkenntnis darstelle, während sie mit Begriffen und logischen Gesetzen operierten. Dann wieder besteht Streit über die wissenschaftliche Natur der Geschichtsforschung. Während so mancher Anhänger historischer Schulen in der geschichtlichen Betrachtung die wissenschaftliche Betrachtung *κατ᾽ ἐξοχήν* erblickt, sprechen andere der Geschichte als solcher den Rang einer Wissenschaft überhaupt ab.

Am schlimmsten kommt bei solchem Streite der Fakultäten die Jurisprudenz weg; ihr wollen nur zu viele den Rang einer Wissenschaft absprechen. Man betont, nicht ohne einen Schein des Rechtes, die ungeheuere Zahl der Kontroversen und Streitfragen, wie auch die unausgetragenen Meinungsverschiedenheiten über die rechte Methode der Wissenschaft. Man hegt aber auch grundsätzliche Bedenken in der Richtung, wie denn überhaupt die Gesetze, die doch „von den Königen gemacht und von ihnen nach

freier Willkür so oder so gewendet würden“,[1]) das Objekt einer wissenschaftlichen, auf Notwendigkeit und innere Gesetzmässigkeit gehenden, Betrachtung bilden könnten, und man weist darauf hin, dass ja die Juristen selbst so und so oft irgend einen Satz als „logisch richtig“, „logisch notwendig“ bezeichneten und doch zugeben müssten, dass das positive Recht diesen Forderungen der Logik widerspreche und aus „Utilitätsgründen“ eine Ausnahme von solchen Sätzen geschaffen habe (obwohl doch die Gesetze der Logik für menschliches Denken absolute Gültigkeit hätten); dass in den juristischen Lehrbüchern Begriffe formuliert würden (wie etwa: Servituten sind Rechte an fremder Sache) und dann plötzlich wieder Sätze aufgestellt würden, die jenen Definitionen direkt zuwider wären (wie z. B., dass das Gesetz „ausnahmsweise“ auch Servituten an eigener Sache zulasse) . . ., obwohl doch die aus der Definition gezogenen Sätze, als analytische Urteile, notwendig ausnahmslose Gültigkeit haben müssten.

Sind diese Anklagen der vox populi berechtigt? Die Frage, ob die Jurisprudenz eine Wissenschaft sei, kann nur durch kritisches Besinnen darauf, was überhaupt unter Wissenschaft zu verstehn, entschieden werden, und solche Prüfung führt allerdings zu dem Ergebnisse, dass die Jurisprudenz der Idee nach eine Wissenschaft sei, denn „Wissenschaft ist jedes Bewusstsein, das auf Einheit geht und in der Umformung zu ihr sich vollendet“.[2])

Der Idee nach. Eine andere Frage ist es aber, ob die Beschäftigung mit dem Rechte in ihrer tatsächlichen Durchführung bereits soweit vorgeschritten ist, dass sie faktisch den ihr an sich zukommenden Rang einer Wissenschaft bereits erlangt hätte. In dieser Hinsicht sind Zweifel berechtigt, und bei einer kritischen Betrachtung der juristischen Literatur dürfte man zu dem Ergebnisse gelangen, dass Klarheit über die richtige Methode wissenschaftlicher

1) Bruns a. a. O. § 2. S. 98.
2) Stammler, „Richt. Recht“ S. 5.

Forschung und Erkenntnis in Dingen des Rechtes und Sicherheit in der Anwendung dieser Methode noch keineswegs Allgemeingut der Juristen in dem Masse sind, dass man die oben zu zweit gestellte Frage so ohne weiteres bejahen könnte.

Es ist eine oft gehörte Meinung, dass sich die römische Jurisprudenz durch die Schärfe, Klarheit und Sicherheit ihrer Begriffe ausgezeichnet habe. Es wird dies von begeisterten Romanisten behauptet, ja vielleicht noch eifriger und begeisterter von Germanisten hervorgehoben mit dem Zusatze, dass eben dieser Vorzug der begrifflichen Durchdringung des römischen Rechtes durch die römischen Juristen ein wichtiger Grund für die Leichtigkeit der Rezeption jenes Rechtes gewesen sei. Und doch ist dieses Lob der römischen Jurisprudenz keineswegs berechtigt. Freilich waren die römischen Juristen Meister des Rechtes, deren Grösse man nicht genug bewundern kann, aber ihre Stärke lag ganz wo anders, als in der begrifflichen Behandlung des Rechtes. Sie haben eine Rechtsordnung geschaffen, die, soweit wir nur immer zu beurteilen vermögen, den empirischen Bedürfnissen des damaligen sozialen Lebens (wenigstens während der Blütezeit der Jurisprudenz) aufs trefflichste gerecht wurde. Sie vermochten ferner mit staunenswertem Scharfsinne die einmal vorliegenden Rechtssätze bis in ihre feinsten Konsequenzen zu verfolgen und sie ragten, was wichtiger, hervor in der Anwendung des Rechts, in der Kunst, den einzelnen Fall unter die allgemeine Regel des Gesetzes zutreffend zu subsumieren. Höherer Ruhm noch strahlt ihnen.[1]) Sie waren nicht nur Meister der technischen Jurisprudenz, sondern sie hatten auch einen scharfen, nicht zu täuschenden Blick für das richtige Recht, eine oft geniale Fähigkeit, das bedingte empirische Gesetz in Einklang zu bringen mit dem obersten Ziele menschlichen Zusammenlebens überhaupt, dem sozialen Ideale. Aber in der begrifflichen Durchdringung des empirisch gegebenen

1) Vgl. Stammler, „Richt. Recht" S. 163 ff.

Rechtes waren sie weniger gross; in der Bildung einfacher, scharf und deutlich ausgeprägter Formeln für die wissenschaftliche Bearbeitung des durch die Gesetze gegebenen Rechtsstoffes, in der sicheren Verwendung solcher Rechtsbegriffe stehn ihre Leistungen nicht auf gleicher Höhe. Es ist merkwürdig genug, dass man dies noch besonders hervorzuheben hat, denn zu deutliche Zeichen sind uns dafür überliefert. Alte Gesetze hatten aus Gründen, die uns nicht bekannt sind, angeordnet, dass eine Verfügung von Todeswegen nur über einen Teil der Hinterlassenschaft unzulässig sei, und die Juristen drückten dies durch die Rechtsparömie aus: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Sie waren, als sich die massgeblichen sozialen Phänomene änderten, verständig genug, diese Rechtsvorschrift nicht in starrer Konsequenz festzuhalten: dem Soldaten war es erlaubt, auch blos über einen Teil seines Vermögens zu testieren; hinsichtlich des Restes trat dann die gesetzliche Erbfolge ein. Solches legislatorische Verfahren war zu loben . . . aber welche Hülflosigkeit nun bei dem Versuche, den so geschaffenen Rechtsstoff begrifflich zu erfassen und zu bearbeiten! Ohne viel Umschweife stellt Pomponius[1]) den Satz: „nemo pro parte . . .“ als einen Satz a priori hin, der logisch notwendig sei, indem er ihn damit begründet, dass „earum rerum naturaliter inter se pugna est ‚testatus‘ et ‚intestatus‘“, obwohl aus dem logischen Gegensatze zwischen testatus (A) und intestatus (non-A) doch nicht im mindesten folgt, dass der Mensch seine Verfügung von Todeswegen nicht auch quantitativ auf einen Teil seiner Hinterlassenschaft beschränken könne, dieses vielmehr erst die Wirkung eines empirischen Rechtssatzes ist, der da sagt, dass der Römer solches nicht dürfe, oder genauer: nicht mit rechtlicher Wirksamkeit könne; und obwohl, um mehr ad hominem zu argumentieren, jene naturalis pugna schon dadurch einigermassen verdächtig werden musste, dass sie an der ent-

1) fr. 7 de reg. jur. (50, 17).

scheidenden Stelle mit einmal versagte: „miles enim pro parte testatus potest decedere pro parte intestatus“.[1])

Ähnlicher Beispiele liessen sich noch manche anführen dafür, dass die römischen Juristen in der begrifflichen Behandlung des Rechtes, das sie so trefflich zu schaffen und so trefflich zu verwalten wussten, nicht das Gleiche leisteten. Mit der begrifflichen Konstruktion des sog. Eigentümerpfandrechts, der ruhenden Rechte, der Reparaturpflicht bei der servitus oneris ferendi wussten sie nichts Rechtes anzufangen. Ja, man könnte fast versucht sein, zu fragen: ob sie die Formulierung scharfer und sicherer Rechtsbegriffe überhaupt nur als ihre Aufgabe ansahen. Doch die römische Jurisprudenz in allem ihrem Glanze ist ein Grab nur der Vergangenheit, der Streit darum, ob die Römer bereits die rechte Methode wissenschaftlicher Betrachtung des Rechtes besessen hätten, böte nur geschichtliches Interesse, um das es uns hier nicht zu tun ist. Wie aber steht es mit der Gegenwart?

Es lässt sich nicht leugnen: wenn man die moderne juristische Literatur kritisch durchmustert, so stösst man fortgesetzt auf Erörterungen, Definitionen und Formulierung von Sätzen, die den Regeln der Logik offenbar zuwiderlaufen, und bei denen man sich erstaunt fragen muss, wie ein wissenschaftlich gebildeter Denker derartiges schreiben kann. Wir werden im folgenden einige solcher Beispiele genauer betrachten und gedenken dabei zu zeigen, dass der in ihnen enthaltene logische Fehler gleichmässig ein und dieselbe Ursache hat: nämlich eine mangelnde Klarheit darüber, dass es für die wissenschaftliche Betrachtung eines konkreten Rechts zweierlei Methoden gibt, die, obwohl sie sich notwendig ergänzen, doch in sich gänzlich verschieden sind. In dieser Duplizität wissenschaftlicher Betrachtung und in der Tatsache, dass sie den Juristen noch nicht genügend zum Bewusstsein gekommen, scheint überhaupt einer der wichtigsten (vielleicht der einzige) Grund für die Tatsache

1) Ulpianus fr. 6 de test. mil. (29, 1).

zu liegen, dass die Jurisprudenz es in der Ausbildung der formalen Grundsätze, nach denen sie ihren empirischen Stoff in Sicherheit und Gleichmässigkeit zu verarbeiten hätte, noch nicht so weit gebracht hat, wie andere Wissenschaften.

Um dieses an Beispielen erläutern zu können, sind zunächst die beiden Methoden (für die ich die Namen Rechtsempirie und Rechtstheorie verwenden will) in ihrem Gegensatze und ihrem inneren Zusammenhange darzulegen.

II.

Alle rechtlichen Gebote haben zum Inhalt, entweder, dass sie einzelnen Menschen ein gewisses Verhalten (Tun oder Unterlassen) zur Pflicht machen, oder aber, dass sie einzelnen Menschen bestimmtes Verhalten, das grundsätzlich durch andere rechtliche Vorschriften verboten ist, ausnahmsweise erlauben. Hierin erschöpft sich der mögliche Inhalt rechtlicher Vorschriften; einen andern als den des Verpflichtens zu bestimmtem Verhalten oder den des ausnahmsweisen Gestattens können sie begrifflich nicht haben.

Die einzelnen Rechtssätze sind sinnlich nicht wahrnehmbar. Der Inhalt kann durch Zeichen fixiert werden; man kann den Akt sinnlich wahrnehmen, durch den sie geschaffen werden, und man kann indirekt die Wirkungen beobachten, die sie im Verlaufe des menschlichen Zusammenlebens ausüben; man kann wahrnehmen, dass sie von den Angeredeten befolgt oder aber verletzt werden. Aber die rechtlichen Gebote selbst werden nicht Objekt sinnlicher Wahrnehmung, sie existieren „nur“ in dem Gedanken der sie Betrachtenden. Dennoch sind sie Realitäten, empirische (geschichtliche) Daten. Sie treten im geschichtlichen Verlaufe des menschlichen Zusammenlebens auf, verändern sich und verschwinden wieder und unterliegen dabei der formalen Bedingung alles Geschehens, dem Kausalitäts-Gesetze, und können insofern zum Gegenstand menschlicher Betrachtung gemacht werden. Aber nicht nur insofern, nicht nur als

wechselnde Ereignisse bilden sie ein Objekt unserer Erkenntnis: auch der Inhalt jeder einzelnen Rechtsvorschrift stellt ein empirisches Datum dar und bildet als solches einen Gegenstand möglicher empirischer Forschung. Was der einzelne Mensch von dem andern verlangen kann, das lässt sich nur auf empirischen Wegen erkennen und beantworten. Wir müssen notwendig eine konkrete Rechtsordnung unserem Gedanken zu Grunde legen (sei es, dass wir eine wirklich existierende betrachten, sei es, dass wir eine frei ausgedachte voraussetzen), wenn wir die Frage aufwerfen oder beantworten wollen: was unter bestimmten Voraussetzungen ein Mensch zu tun verpflichtet, oder aber berechtigt sei.

Der Beantwortung solcher Fragen können sich nun in verschiedenen Richtungen Schwierigkeiten entgegenstellen. Es kann der Sinn eines bestimmten Rechtsgebotes unklar oder zweifelhaft sein, weil die Form, in der es zum Ausdruck gebracht ist, den eigentlichen Inhalt nicht klar erkennen lässt. Es kann zweifelhaft werden, wie zwei einander zunächst widersprechende Rechtsnormen miteinander zu vereinen sind. Es können ferner Zweifelsfragen in der Richtung entstehn, ob die Menschen, die eine Rechtsnorm geschaffen haben, hierzu rechtliche Befugnis hatten. Die exakte Lösung solcher Fragen kann, wie jeder Jurist weiss, oft viel Mühe und Arbeit, die Heranziehung eines komplizierten Apparates und nicht zum wenigsten ein angestrengtes Nachdenken und Aufwendung bedeutenden Scharfsinnes erfordern. Es bilden sich besondere Methoden und Regeln der Auslegung, und es steigt dadurch die Beschäftigung mit den Rechtsnormen zum Range einer wissenschaftlichen Tätigkeit auf, die sich über ein kritik- und systemloses Kennenlernen der einzelnen Rechtssätze erhebt.

Dazu kommen nun die Schwierigkeiten, die sich aus der Menge der geltenden Rechtssätze ergeben. Im Anfange eines geordneten Zusammenlebens eines Menschenkreises vermag wohl noch jeder die Vorschriften, die ihn

verbinden, wirklich zu lernen und zu wissen, und es entsteht dann besondere Arbeit und Schwierigkeit lediglich hinsichtlich der Anwendung der Rechtssätze auf die konkreten Fälle, wobei eben die Kenntnis der Rechtssätze nicht ausreicht, vielmehr eine auf besonderer Veranlagung beruhende und besonders geschulte Urteilskraft erforderlich ist (Urteilskraft im Sinne der kritischen Philosophie als Fähigkeit, das Einzelne unter das Allgemeine richtig zu subsumieren). Sobald sich aber das soziale Leben kompliziert, vermehren sich (rein quantitativ betrachtet) die Rechtssätze so sehr, dass der Laie (d. h. der, den es eigentlich angeht) bald nicht mehr imstande ist, auch nur die Rechtssätze sämtlich zu kennen, die gerade ihn verbinden, gerade sein Handeln bestimmen sollen. Aber auch der Jurist, der die Kenntnis des geltenden Rechts berufsmässig ausübt, bedarf besonderer Hülfsmittel, wenn er die Gesamtheit der zahllosen Rechtssätze beherrschen will. Er muss sie, um sie jederzeit sicher finden und anwenden zu können, in ein System bringen, denn nur das System gewährt die Möglichkeit, in dem umfangreichen Gebiete eines bestimmten Wissenszweiges schnell die richtige Antwort auf die einzelnen Fragen zu finden. Und wenn der Jurist ein Rechtsgebiet kennen lernen und behalten will, so muss er sich darauf beschränken, die Menge der Einzelsätze in eine geringere Zahl allgemeiner Regeln provisorisch zusammenzufassen, die zwar den gesamten Inhalt der Rechtsordnung nur annähernd wiedergeben, indem die Möglichkeit von Einzelausnahmen dabei nicht weiter beachtet wird, die aber den Vorteil bieten, dass man in ihnen das Wesentliche des ganzen Rechtsgebietes leichter überschauen kann. Man nennt solche, didaktischen Zwecken dienenden, Generalisationen, wie bekannt: „regulae juris“.

So wird die Kenntnis des Rechtes zu einer wissenschaftlichen Disziplin mit eigenem System und eigener Methode, mit dem Ziele, die Rechtsordnung exakt und vollständig zu kennen, und dadurch unterschieden von zufällig

zusammengeraffter Kenntnis lediglich einzelner Rechtssätze. Ich nenne solche wissenschaftlich betätigte Kenntnis vom Rechte „Rechtsempirie“. Ob man sie eine „Wissenschaft“ nennen will oder nicht, ist lediglich ein Wortstreit. Sie ist eine Wissenschaft dann, wenn man hierunter nichts anders versteht, als die systematische Kenntnis eines bestimmten Gebietes menschlicher Erkenntnis, und sie ist jedenfalls eine wissenschaftlich betätigte Kenntnis. Um der Einfachheit des Ausdruckes willen kann man sie aber immerhin als Wissenschaft bezeichnen.

Sie ist eine rein empirische Wissenschaft. Art und Weise ihrer Forschung und Erkenntnis ist ausschliesslich die Erkenntnis a posteriori. Wie die beschreibende Naturwissenschaft (im Gegensatz zur „reinen“ Naturwissenschaft, der Lehre von den transzendentalen Grundsätzen) keine andere Aufgabe hat noch haben kann, als die Erscheinungen und Vorgänge in der Natur und ihren regelmässigen Zusammenhang durch Erfahrung zu erforschen und kennen zu lernen, so hat die Rechtsempirie für ihre Methode kein anderes Mittel als die Erfahrung. Da sie darauf ausgeht, ein bestimmtes Rechtssystem darauf zu erforschen, was darnach in jeweils besonderer Lage den einzelnen Menschen geboten oder erlaubt ist, so kann sie natürlich nicht anders verfahren, als dass sie die empirisch gegebenen Rechtssätze kennen zu lernen sucht. Dabei kann sie sie systematisch darstellen, sie kann ihre Konsequenzen ins Einzelne verfolgen und prüfen, welche Folgen sich aus dem Zusammentreffen scheinbar widersprechender Rechtssätze ergeben; aber immer bleibt ihre Tätigkeit darauf beschränkt, das Material zu untersuchen, das ihr durch Erfahrung gegeben ist. Ihr letztes Ziel kann nur das sein: eine bestimmte Rechtsordnung so genau und vollständig zu beherrschen, dass es möglich ist, für jeden nur denkbaren Fall anzugeben, was in diesem Falle nach der konkreten Rechtsordnung Rechtens sei. Ob diese Kenntnis in der bisherigen Geschichte für ein Rechtssystem jemals erreicht worden ist, kann ganz dahingestellt

bleiben; es ist dies jedenfalls das Ziel der Rechtsempirie, und eine Unmöglichkeit kann a priori niemals behauptet werden. Der Praktiker aber, der als Richter oder Anwalt oder in sonstiger Funktion ein bestimmtes Recht anzuwenden oder über seinen wahren Inhalt Auskunft zu geben hat, hat seine Aufgabe in dem Masse erfüllt, als er sich dem genannten Ziele annähert: einer vollständigen Kenntnis dessen, was für jeden nur möglichen Fall nach positiver Satzung Rechtens sei.

Gesetzt nun, es sei für irgend ein positives Recht . . . . sagen wir, für das gegenwärtig in Preussen geltende Recht . . . . gelungen, dieses Ziel restlos zu erreichen; gesetzt, es wären die in Preussen geltenden Gesetze so genau untersucht worden, dass es keinen Fall mehr gäbe, für den die Entscheidung, was darin nach geltendem Rechte der einzelne zu leisten hätte oder tun dürfte, ungewiss oder zweifelhaft wäre: würde damit die Möglichkeit, dieses konkrete Recht wissenschaftlich zu behandeln, erschöpft sein? oder gibt es vielleicht noch eine zweite, von der bisherigen Behandlung ganz verschiedene Art der Betrachtung mit ganz anderen Zielen und ganz anderen Methoden? Gibt es neben dem Rechtskundigen nicht vielleicht noch einen Rechtsgelehrten?

Bevor ich auf diese Frage die Antwort geben will, die mir richtig erscheint, betone ich nochmals ausdrücklich: es handelt sich hier nur um die Beschäftigung mit einem konkreten positiven Rechte als solchem, als einem unveränderlichen Gegenstande der Erkenntnis. Es ist hier nicht die Rede davon, wie dieses Recht entstanden ist oder entstehn wird oder entstehn könnte, sondern es soll das fertige, (wirklich existierende oder als existierend vorgestellte) Recht als solches zum Gegenstande der Erkenntnis gemacht werden. Es ist zweitens nicht die Rede davon, die einzelnen Sätze dieses Rechtssystems teleologisch zu betrachten, d. h. sie als Mittel zur Erreichung menschlicher Zwecke zu nehmen und sie daraufhin zu prüfen, ob sie die richtigen

Mittel sind, ob sie dem obersten Ziele alles Rechts, dem sozialen Ideal, konform sind; sondern es soll das konkrete Recht so genommen werden, wie und weil es da ist; und es ist drittens nicht davon die Rede, wie diese konkrete Rechtsordnung von den betreffenden Menschen verwirklicht wird, sondern es soll nur die Rechtsordnung für sich untersucht werden. Es steht also weder eine rechtsgeschichtliche Untersuchung noch eine Betrachtung über die Richtigkeit des Rechts, noch eine nationalökonomische Erörterung in Frage; sondern wir nehmen eine konkrete Rechtsordnung, so wie sie ist, für sich und fragen nun: wenn diese Rechtsordnung so genau bekannt ist, dass man für jeden nur möglichen Fall mit Sicherheit angeben kann, was darin nach Rechten zu geschehen habe, ist dann nicht noch eine ganz andere wissenschaftliche Behandlung dieses Rechts möglich?

Allerdings. — Wenn wir wissen, was die einzelnen Menschen einander zu leisten haben, so lassen sich die unzähligen Ansprüche und Pflichten für die denkende Betrachtung in bestimmte Komplexe zusammenziehen, für die wir seit lange den terminus technicus „Rechtsverhältnisse“ haben, und diese Rechtsverhältnisse können nunmehr als eigene Objekte einer besonderen Betrachtung unterworfen werden. Dabei zeigt sich, dass diese Rechtsverhältnisse verschiedener Gestalt und Art sind, und es entstehn mancherlei Probleme über Wesen und Unterschied der „dinglichen“ und „persönlichen“ Rechtsverhältnisse u. dgl. m.

Es gibt also eine besondere Methode, die Rechtsgebilde, die auf Grund einer positiven Rechtsordnung entstehn oder entstehn können, auf ihre innere Beschaffenheit zu untersuchen, eine Methode der Betrachtung, die mit der Feststellung dessen, was Rechtens ist, nichts zu tun hat, wenn sie auch selbstverständlich das Ergebnis dieser letzten Feststellung voraussetzt. Ich nenne diese zweite Methode, eine konkrete Rechtsordnung zu betrachten, „Rechtstheorie“ und weise dabei zur Verhütung von Missverständ-

nissen ausdrücklich darauf hin, dass ich damit etwas anderes meine, als was Stammler[1]) unter „theoretischer Rechtslehre" im Gegensatze zur technischen Rechtslehre versteht. Die theoretische Rechtslehre, im Sinne Stammlers, betrachtet das konkrete Recht nicht für sich, als letztes Objekt der Erkenntnis, sondern im Zusammenhange menschlicher Erkenntnis überhaupt, als Mittel zum richtigen Ziele; sie geht mithin, um mit Stammler zu sprechen, auf unbedingte Einheit. Dagegen geht die technische Rechtslehre (im Sinne Stammlers) nur auf bedingte Einheit: sie nimmt das konkrete Recht, so wie es da ist, als letztes Ziel der Erkenntnis und will nichts weiter, als dieses genau erforschen. Innerhalb solcher technischer Rechtslehre ergibt sich nun, nach unserer Ansicht, aufs neue eine Duplizität der Erkenntnismethode, nämlich: Rechtsempirie und Rechtstheorie.

Wenn unter der Geltung einer konkreten Rechtsordnung der A ein Haus, das ihm gehört, dem B zur Wohnung überlässt auf bestimmte Zeit gegen Zahlung einer Entschädigung, also ihm das Haus „vermietet", so entstehn allerlei Fragen, was nun in dem und dem Falle A von B verlangen kann, und was der B von A. Es entstehn weiter Fragen, was der B, dem eine gewisse Verfügungsgewalt über das Haus eingeräumt worden ist, nunmehr etwa auch von Dritten verlangen kann. Inwieweit müssen diese dem B die Benutzung des Hauses ungestört lassen? Die Frage wird besonders wichtig für den Fall, dass das Eigentum an dem Hause von A auf einen Dritten C übergeht. Was kann dann der A von C und was der C von A verlangen? Kann C einfach zu A sagen: Jetzt gehört das Haus mir, nun mach', dass du hinauskommst? und kann umgekehrt der A zu C sagen: An dem Hause ist das und das in Unordnung geraten, sodass eine ordnungsmässige

1) „Richt. Recht" S. 3 ff.

Benutzung beeinträchtigt ist; ich habe dieses Haus gemietet, nun mache du das gefälligst in Ordnung?

Gesetzt nun, es ist für ein konkretes Rechtssystem gelungen, diese Frage zu lösen (wie das im wesentlichen für das B. G. B. der Fall ist), so entsteht für die wissenschaftliche Betrachtung dieses Rechts eine zweite, ganz neue Frage, nämlich die: „ist das Rechtsverhältnis, das sich aus der Vermietung einer Sache ergibt, ein dingliches oder ein obligatorisches?“

Diese Frage ist hinsichtlich der Art des darin enthaltenen Problems und hinsichtlich der Methode ihrer Lösung von den vorher formulierten Fragen ganz und gar verschieden. Sie setzt, um überhaupt aufgeworfen werden zu können, die Lösung jener Fragen freilich voraus; es ist unmöglich, zu fragen, ob „die“ Miete ein dingliches oder obligatorisches Rechtsverhältnis begründe; man kann die Frage vielmehr nur für ein konkretes Rechtssystem aufstellen und muss also zunächst mit Sicherheit wissen, was zwischen den Parteien hinsichtlich des vermieteten Objektes Rechtens sei. Dies kann nur empirisch durch wissenschaftlich begründete Auslegung des Gesetzes festgestellt werden. Aber wenn solches gelungen, dann erhebt sich jene zweite Frage, wie das inhaltlich nunmehr bekannte Rechtsverhältnis wissenschaftlich aufzufassen sei. Diese neue Frage kann, wie ohne weiteres klar ist, nicht auf empirischem Wege gelöst werden. Wir müssen vielmehr die Begriffe „dingliche Rechtsverhältnisse“, „obligatorische Rechtsverhältnisse“ a priori bereits besitzen, wenn wir die Frage lösen wollen. Woher wir diese Begriffe haben, in welchem Verfahren wir sie gewinnen, welches die Kriterien ihrer Richtigkeit seien, welches die Methoden ihrer Anwendung, welches endlich ihr Nutzen für die Bereicherung menschlichen Wissens überhaupt, das sind Fragen, die des Nachdenkens wert sind und die bei bewusster Bearbeitung schliesslich zu einer neuen Wissenschaft führen müssen, einer Methodenlehre der Rechtstheorie überhaupt. Die Möglichkeit einer solchen Wissenschaft

a priori, die ihre Begriffe vor aller Erfahrung hat[1]) und zur wissenschaftlichen Erfassung des in der Erfahrung gegebenen Materials allererst bereit stellt . . . die Möglichkeit einer solchen „reinen“ Rechtswissenschaft kann nicht bestritten werden oder dem philosophisch gebildeten Juristen auch nur auffällig erscheinen, denn die kritische Philosophie Kants hat uns gezeigt, dass es im Gebiete menschlichen Wissens und Denkens eine Reihe von Erkenntnissen a priori gibt, ja dass Wissenschaft im eigentlichen und strengen Sinne des Wortes überhaupt unmöglich ist ohne gewisse Grundsätze, die zwar auf das in der Erfahrung Gegebene angewendet werden, die aber ihrerseits nicht selbst aus der Erfahrung gewonnen, sondern vor ihr a priori vorhanden sind: Mathematik, Logik und die reine Ethik sind gänzlich Wissenschaften „a priori“, und die Naturwissenschaft im weitesten Sinne des Wortes ist, wenngleich sie notwendig ihr Material aus der Erfahrung erwartet, doch eine Wissenschaft im strengen Sinne nur dadurch, dass sie das empirische Material nach gewissen Grundsätzen (den sog. transzendentalen Grundsätzen, z. B. dem Kausalitäts-Gesetze, dem Substantialitätsgesetze, dem Gesetze der Wechselwirkung) bearbeitet, die sie selber nicht aus der Erfahrung hat, die ihr vielmehr vom Verstande vor aller Erfahrung geliefert werden.

Es hat mithin die Idee einer „reinen“ Rechtswissenschaft, die ihre Begriffe und Grundsätze nicht den einzelnen Rechtsordnungen entnimmt, sondern a priori zu deren Durchdringung bereit stellt, nichts Überraschendes. Dass solche reine Rechtswissenschaft möglich ist, wird durch die Tatsache erwiesen, dass wir derartige Erkenntnis a priori

---

1) „Vor aller Erfahrung“ selbstverständlich nicht in dem Sinne, dass sie unabhängig von aller Erfahrung gewonnen würden (denn derartige Begriffe gibt es im Inhalte menschlichen Bewusstseins überhaupt nicht), sondern in dem Sinne, dass ihr Geltungswert von jeder besonderen Erfahrung unabhängig ist, also mit einem Worte: „a priori“ im Sinne Kants.

in Dingen des Rechtes zweifellos besitzen: Jedes schärfere Nachdenken führt den Juristen unvermeidlich zu der Gewissheit, dass er ein konkretes Rechtsgebiet in zweierlei Weise bearbeiten kann, wie oben näher dargelegt ist, einmal durch Feststellung dessen, was in verschiedenen Lagen Rechtens sei, dann aber durch Untersuchung des so gewonnenen Materials nach ganz andern Zielen und Methoden mit Hülfe von Begriffen, die er a priori hat. Wir haben für den Gegensatz dieser beiden Methoden oben ein einzelnes Beispiel angeführt und werden weitere Beispiele zu betrachten noch Gelegenheit haben. Jedes solcher Beispiele zeigt unverkennbar die Tatsache von Erwägungen a priori hinsichtlich der Betrachtung konkreter Rechtsordnungen und mithin auch, dass sie möglich sind. Wie solche Erkenntnis a priori möglich sei, das zu untersuchen, gehört nicht in die Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Die Untersuchung dieses Problemes, die darnach fragen würde, woher wir denn nun jene Begriffe nehmen, worauf sich denn die Berechtigung zu ihrer Aufstellung gründet, und welches die Grenzen ihres erlaubten und notwendigen Gebrauchs sind, endlich, ob sich aus den Begriffen a priori vielleicht auch Grundsätze a priori ergeben, muss einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben. Für heute soll lediglich der Gegensatz der beiden Methoden, ein positives Rechtssystem zu betrachten, an einzelnen Beispielen zu dem Zwecke erläutert werden, um zu prüfen, ob nicht die Ungewissheit und Unklarheit der heute noch üblichen Art des Argumentierens in der Jurisprudenz gerade darauf zurückzuführen ist, dass man sich über den Unterschied beider Methoden nach Art und Anwendung nicht immer genügend Rechenschaft gibt.

Bevor ich zu diesem Beginnen übergeh, sei es gestattet, ad illustrandum auf eine Parallele aus verwandtem Gebiete hinzuweisen. Die Rechtsregeln sind bekanntlich nur eine besondere Art der, das menschliche Zusammenleben überhaupt ordnenden, „äusseren Regeln des Ver-

haltens"; ihnen, den Rechtsregeln (ausgezeichnet durch den eigentümlichen Geltungsanspruch, als Zwangsnormen ohne Rücksicht auf den angeredeten gelten zu wollen) steht gegenüber die grosse Gruppe der sog. Konventional-Regeln, die nur hypothetisch gelten wollen, und unter diesen hebt sich wieder eine besondere Gruppe hervor, diejenigen, die die Möglichkeit einer Verständigung unter den einzelnen Menschen bezwecken, mit einem Wort: die Sprache. Denn Sprache ist jeder Komplex von Regeln, die darauf abzielen, dass Menschen unter einander den Inhalt ihrer Gedanken unter Anwendung bestimmter Zeichen sinnlich wahrnehmbar machen können. Die „eigentliche" Sprache, die Sprache κατ' ἐξοχήν, nämlich die Methode, die Gedanken akustisch durch artikulierte Laute der menschlichen Stimme und optisch durch Bilder für diese Laute wahrnehmbar zu machen, ist, systematisch betrachtet, nur eine besondere Art der Sprache. Neben ihr gibt es noch andere Sprachen: ein jedes System von akustischen oder optischen Signalen ist eine besondere Sprache, ebenso gibt es eine Blumen- und eine Briefmarkensprache.

Alle Sprache hat nun mit der Rechtsordnung das Gemeinsame, dass sie einen Komplex äusserer Regeln für menschliches Verhalten darstellt. Und so wiederholt sich denn auch bei der Sprache die Möglichkeit einer doppelten Betrachtungsweise der konkreten Sprache: einmal dahin, wie ein gewisser Gedanke richtiger Weise in jener Sprache ausgedrückt werden soll, andererseits dahin, wie die von der Sprache bereit gestellten Ausdrucksformen wissenschaftlich aufzufassen sind. Ein Beispiel wird dies erläutern.

Wenn der Sextaner in die Anfangsstufen der lateinischen Sprache eingeweiht wird, so lernt er: „der Tisch" heisst auf lateinisch: mensa, „des Tisches" mensae u. s. w., „in dem Tische" in mensa. Dabei hört er (nach der Methode, wie sie für die alten Sprachen auf unsern Schulen üblich ist) zugleich auch allerlei von den sog. „Fällen", dem Nominativus, Genetivus u. s. w., insbesondere auch von

einem ganz merkwürdigen Falle, der angeblich eine Erfindung der Lateiner ist, dem „Ablativus“. Ob er sich unter dem Begriffe solcher „Fälle“ immer etwas denkt oder auch nur denken kann, ist eine andere Frage. Jedenfalls muss er aber die schwierigen Namen der verschiedenen Kasus lernen und auch wissen, dass das Hersagen eines Hauptwortes nach solchem Schema „deklinieren“ genannt wird; und so dekliniert er denn die verschiedensten Worte nach dem eingeübten Schema, agricola „der Landmann“, agricolae „des Landmannes“ u. s. w. Roma „Rom“, Romae „Roms“ u. s. w. Später, auf Quinta, erfährt er aber, dass „in einer Stadt“ nicht etwa durch „in“ mit dem Ablativus ausgedrückt wird, sondern durch den blossen Ablativus, bei den Singularwörtern der A- und der O-Deklination aber gar durch den Genetivus, und er denkt wohl bei sich: „Was waren die alten Römer doch für sonderbare Leute. „In einer Stadt“, das drücken sie bei einigen Namen durch den blossen Ablativus, bei anderen sogar durch den Genetivus aus; da soll nun ein Mensch aus den verschiedenen Fällen klug werden!“

Erst später kommen ihm Zweifel, ob jener sog. Genetivus wirklich ein wahrer Genetivus sei und nicht vielmehr ein besonderer Kasus, der lediglich lautlich mit dem Genetivus übereinstimme. Er hört auch etwas läuten von einem sog. Lokativus, und schliesslich gelangt er, durch entsprechende Belehrung oder durch eigenes Nachdenken, eines Tages zu der aufhellenden Erkenntnis: dass man eine Sprache, sei es die eigene Muttersprache, sei es eine fremde besonders erlernte, vollständig beherrschen kann, sodass man sich in ihr richtig und jedermann verständlich ausdrücken kann, und dass einem trotzdem noch die verschiedensten Fragen begegnen, wie denn die verschiedenartigen Lautgebilde, die als Mittel der Verständigung dienen, wissenschaftlich aufzufassen sind.

Wir sehen also auch bei der Sprache wiederum die Duplizität der Methoden ihres Erlernens und Behandelns.

Einmal gilt es, einen Komplex von Regeln zu wissen, die uns anweisen, durch welche Laute und Lautverbindungen wir einen bestimmten Gedanken in jener Sprache kund zu tun haben. Diese Regeln sind für sich zu nehmen, so wie sie da sind; sie können nur empirisch, durch Beobachtung der Erfahrung in Dingen jener Sprache, erkannt werden. Aber wenn man sie alle so vollständig weiss, dass man niemals in Verlegenheit ist, wie man irgend einen Gedanken durch Laute sinnlich wahrnehmbar machen muss, um in jener Sprache verstanden zu werden, so ist damit noch lange nicht alle Möglichkeit einer wissenschaftlichen Behandlung jener Sprache erledigt (wobei ich auch hier immer betonen muss, dass ich nur die wissenschaftliche Behandlung einer konkreten Sprache, so wie sie gegenwärtig da ist, im Auge habe; nicht handelt es sich hier etwa um die geschichtliche Entwicklung der Sprachregeln oder um die Frage, wer denn eigentlich die Sprachregeln überhaupt schaffe, und in welchem Verfahren dies geschehe). Vielmehr ergeben sich ganz neue und andersartige Probleme. Wir betrachten nunmehr die einzelnen Lautgebilde unter mancherlei Begriffen, als da sind: die verschiedenen Wortarten (Artikel, Substantivum, Verbum u. s. w.), die verschiedenen „Fälle“, die Tempora, Modi und Genera des Verbums, die Grade des Adjektivums; dazu kommen allerlei Probleme und Begriffe, die man unter dem Namen Syntax zusammenfasst. Alle diese Begriffe, die wir auf die konkrete Sprache anwenden, haben wir nicht aus ihr entnommen. Um vielmehr solche Fragen (wie z. B. ob „Romae“ der Genetivus oder ein anderer Kasus sei) überhaupt erst aufwerfen zu können, müssen wir die Begriffe von solchen Kasus bereits besitzen. Wir haben also auch in Dingen der Sprache Begriffe a priori. Woher wir sie haben, welches die innere Berechtigung ihres Gebrauches und welches demgemäss die Grenze ihrer Anwendung, das haben wir hier nicht zu untersuchen; es wäre das die Aufgabe einer besonderen Wissenschaft, die das Verhältnis zwischen den allgemein-

gültigen Formen menschlichen Denkens und den besonderen Ausdrucksformen der einzelnen Sprache zu behandeln hätte; einer „allgemeinen Theorie der Sprache". Dass es solche Begriffe a priori für wissenschaftliche Behandlung der empirischen Sprache gibt, lehrt jeder Blick in eine Grammatik. Für unsere Zwecke genügt die Feststellung, dass auch die einzelne konkrete Sprache in zweierlei ganz verschiedener Art Gegenstand der Erkenntnis sein kann: einmal handelt es sich um den Komplex der Regeln, wie man die verschiedenen Gedanken durch Lautmittel richtig ausdrücken soll (sc.: „in" jener Sprache); das andere Mal gilt es, diese Lautmittel wissenschaftlich zu betrachten. Es gibt einen Sprachkenner und einen Sprachgelehrten. Jener hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er sich in der betreffenden Sprache fliessend und richtig allzeit ausdrücken kann; dieser muss selbstverständlich die einzelnen Sprachregeln ebenfalls kennen, aber er betrachtet sie nicht für sich selbst, als Mittel zur gegenseitigen Verständlichmachung, sondern auf ihre inneren Verhältnisse zu den allgemeingültigen Formen und Gesetzen des menschlichen Denkens, mithin nach Begriffen a priori.

III.

Der Gegensatz von Rechtsempirie und Rechtstheorie soll nunmehr an einigen Beispielen erläutert werden.

A. Nemo plus juris transferre potest quam habet ipse.

Alles menschliche Erkennen vollzieht sich, der Form nach, durch Urteile. Urteil im Sinne der Logik ist der Akt des Bewusstseins, der über die objektive Gültigkeit einer subjektiv vollzogenen Vorstellungsverbindung aussagt, oder, um mit Kant[1]) zu sprechen, „die Art, gegebene Erkenntnisse zur objektiven Einheit der Apperzeption zu bringen".

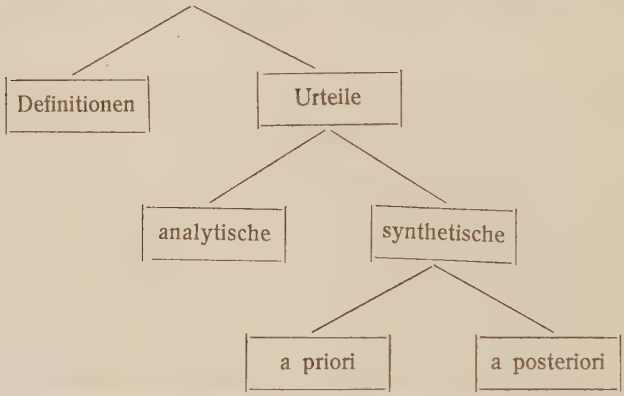
Die Urteile zerfallen der Form nach in analytische und synthetische. Jene sagen in ihrem Prädikate von ihrem Subjekte etwas aus, was im Begriffe des Subjektes bereits mit gedacht wird; sie erläutern den Begriff des Subjektes durch ausdrückliche Hervorhebung eines in ihm enthaltenen Merkmales. Dagegen erweitern die synthetischen Urteile den Begriff des Subjektes, indem sie im Prädikat von dem Subjekte etwas Neues aussagen. Die synthetischen Urteile bedeuten (logisch betrachtet) einen Fortschritt der Erkenntnis, die analytischen eine Klärung.[2])

---

1) „Kr. d. r. V." S. 141.

2) Dennoch sind auch die analytischen Urteile wahre Akte des Erkennens, im Gegensatze zu der Definition. Diese hat zwar rein äusserlich die Form eines Urteils, ist aber der Sache nach kein Akt des Erkennens, sondern ein konstituierender Akt des Bewusstseins, durch den lediglich ein bestimmter Sprachgebrauch festgelegt, einem gewissen Namen zu Zwecken der rechten Verständigung ein neu fixierter Sinn verliehen wird.

Dem Ursprunge nach zerfallen die synthetischen Urteile in solche a priori und a posteriori. Diese gründen sich auf Erfahrung, jene sind von aller Erfahrung unabhängig. Die analytischen Urteile sind insofern stets Urteile a priori, denn sie sagen über ihr Subjekt ja nur aus, was darin bereits gedacht wird, brauchen also auf Wahrnehmung niemals zurückzugehn; eben darum aber, weil die analytischen Urteile notwendig a priori sind, beschränkt man den Gegensatz a priori-a posteriori sprachlich besser auf die synthetischen Urteile, sodass sich folgendes Schema ergibt:



Synthetische Urteile a posteriori gelten nur insoweit, als sie der Erfahrung tatsächlich konform sind; die Möglichkeit von Ausnahmen eines formulierten Urteiles ist daher bei ihnen stets vorhanden und die Frage nur nach der Erfahrung zu entscheiden. Dagegen sind analytische Urteile notwendig und unbedingt ausnahmslos. Sie können falsch, d. h. in sich widerspruchsvoll sein; auch kann der zum Subjekt gemachte Begriff für wissenschaftliche Zwecke unbrauchbar sein. Aber wenn ein analytisches Urteil in sich (formell) richtig ist, so gilt es auch allgemein und absolut ausnahmslos: eine Ausnahme von einem analytischen Urteil ist logisch unmöglich.[1])

1) Auch die synthetischen Urteile a priori sind notwendig ausnahmslos, jedoch aus anderem Grunde. Dieser Punkt interessiert jedoch hier nicht.

Analytische Urteile kommen natürlich auch in der wissenschaftlichen Behandlung der Jurisprudenz vor, und auch für sie gilt dann unbedingt und ausnahmslos der Satz: dass bei ihnen Ausnahmen begrifflich unmöglich sind. Wenn man die Servitut dahin definiert: Recht an fremder Sache, so folgt daraus mit unvermeidlicher Notwendigkeit der Satz: „nemini res sua servit". Voraussetzung ist dabei nur, dass das fragliche Urteil wirklich ein analytisches ist, und in dieser Richtung liegt (aus besonderen hier noch nicht zu erörternden Gründen) gerade in der Jurisprudenz die Gefahr einer Täuschung nahe.

„Nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" sagen die römischen Juristen[1]) und zwar, wie es scheint, mit dem Gefühl, als ob dieser Satz der natürlichste der Welt sei. Verträgt dieser Satz nun Ausnahmen? Bekker[2]) nennt ihn „eine Regel, die keine Ausnahme duldet, da sie direkt aus der Definition gezogen ist: was der Nachfolger mehr hätte als der Vorgänger, hätte er eben nicht durch Übertragung von diesem". Ganz recht: Wenn man den Begriff des transferre dahin definiert, dass man darunter eine Übertragung des beim Vorgänger bereits vorhandenen Rechts versteht, so ergibt sich freilich mit Notwendigkeit der genannte Satz, und dieser kann dann selbstverständlich keine Ausnahme haben. Nur werden wir sehen, dass Bekker diesen durchaus richtigen Gedanken an der entscheidenden Stelle wieder fallen lässt.

Alle bekannten Rechtsordnungen kennen einen Übergang von Rechten (Sukzession in Rechte) in dem Sinne, dass bis zu einer bestimmten Zeit der A gewisse Befugnisse hat, dass diese dann für A erlöschen und dafür inhaltlich gleiche Rechte bei B entstehn. Wann solcher Übergang eintrete, welche Voraussetzungen im einzelnen für seine Wirksamkeit bestehn, welches seine Folgen im einzelnen

1) Ulpianus in fr. 54 de reg. jur. (50, 17) vergl. fr. 160 § 2. 175 § 1. eod.

2) „Pand." I S. 108 Beil. IV.

seien, lässt sich natürlich nur a posteriori aus den konkreten Rechtsordnungen beantworten, ist also stets Frage der Rechtsempirie. Dabei ist nach geschichtlicher Tatsache besonders wichtig allemal die Frage, inwieweit ein Rechtssubjekt seine Befugnisse durch gewillkürte Handlung auf ein anderes Subjekt übertragen kann, und noch spezieller: inwieweit der A durch rechtsgeschäftliche Handlung, die auf solche Übertragung abzielt, seinem Rechtsnachfolger B Rechte verschaffen kann, die ihm, dem A, in solcher Stärke oder Ausdehnung oder Freiheit von Gegenrechten nicht zustanden. Es ist die wichtige Frage nach dem Erwerb von Rechten durch Rechtsgeschäfte vom Nichtberechtigten. Hier hat nun bekanntlich das römische Recht den Grundsatz, dass im allgemeinen niemand einem anderen Rechte durch Rechtsgeschäfte verschaffen könne, die ihm nicht selbst zustehn. Drückt man dies durch den Satz aus: nemo plus juris transferre potest quam habet ipse, so ist dieser Satz ein synthetisches Urteil a posteriori, das selbstverständlich die Möglichkeit von Ausnahmen zulässt. So verstanden („im materiellen Sinne", wie wir fortan sagen wollen, um einen bequemen Ausdruck zu haben), gilt der Satz „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" lediglich für die konkrete Rechtsordnung, der er entnommen ist, und er gilt nur insoweit, als diese Rechtsordnung ihn eben anerkennt: Die Frage der Ausnahmen davon kann nur aus der positiven Rechtsordnung beantwortet werden; er ist, kurz gesagt, eine „regula juris" in dem früher festgelegten Sinne.

Wir nehmen nun wieder an (entsprechend unseren oben entwickelten methodischen Grundsätzen), dass eine konkrete positive Rechtsordnung, z. B. das reine römische Recht des Corpus juris Justiniani, in seiner Gestaltung genau und vollständig dahin untersucht sei, dass man über die verschiedenen Fälle von „Rechtsübergang" im klaren ist; also mit Sicherheit sagen kann, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen rechtliche Befugnisse von einer Person auf die andere übergehn. Wenn dieses

alles bekannt ist, so ergeben sich nunmehr wieder eine Reihe ganz anderer Fragen, mit ganz anderem Sinne, ganz anderem Ziele, ganz anderer Bedeutung. Den Rechtskundigen interessiert nur, wann und mit welchen Wirkungen im einzelnen rechtliche Befugnisse übergehn können; der Rechtsgelehrte hat andere Probleme. Er sucht die verschiedenen Fälle des Überganges nach einheitlichen Gesichtspunkten zu klassifizieren, Begriffe und Schemata a priori zu finden, unter die er die einzelnen durch die positive Rechtsordnung gegebenen Fälle subsumieren kann. Ihm entsteht ferner das interessante Problem, ob das Recht des Nachmannes mit dem des Vormannes dem Substrate nach identisch sei (una atque eadem res) oder vielmehr lediglich mit ihm inhaltlich gleich, dagegen dem Substrate nach verschieden (eine Mehrheit gleichartiger indiscernibilia, vergleichbar jenen berühmten Regentropfen,[1]) die nach einander durch eine Röhre abtropfen und, obwohl sie einander ähnlich sind, wie ein Ei dem andern, doch verschiedene [der Existenz nach] Gegenstände sind); mit anderen Worten: ob man wissenschaftlich wirklich von einem wahren „Übergang“ des Rechtes reden könne, wobei dieses doch notwendig als ein eigenes Ding aufgefasst werden muss, das identisch bleibt und nur seinen Herrn wechselt, oder ob es nicht vielmehr für die wissenschaftliche Betrachtung richtiger sei, von zwei selbstständigen Vorgängen zu reden, nämlich: dem Erlöschen subjektiver Befugnisse bei A und dem Entstehn gleichartiger Befugnisse bei B, welch beide Ereignisse in einem Kausal-Zusammenhange stehn; alles Probleme und Zweifelfragen, die den Rechtskundigen nichts angehn.

Gelangt nun bei solchen theoretischen Betrachtungen ein Denker (ob mit Recht oder Unrecht, braucht hier nicht untersucht zu werden) dazu . . . wie es Bekker tut . . ., für die wissenschaftliche Erfassung einer oder mehrerer Rechtsordnungen sich den Begriff der „Übertragung“ (transferre)

1) Kant, „Kr. d. r. V.“ S. 328 f.

zu bilden, des Inhalts: „Rechtsgeschäftliche Verschaffung von Befugnissen, die bereits dem Vormanne zustanden", so ergibt sich daraus mit Notwendigkeit der Satz, dass Niemand mehr Rechte übertragen könne, als er selber habe: „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" im formellen Sinn; ein Satz, der als analytisches Urteil notwendig ausnahmslos ist, sodass Bekker mit Recht jede Möglichkeit einer Ausnahme mit der deductio ad absurdum ablehnen kann: was der Nachmann mehr hätte als der Vormann, hat er eben nicht durch Übertragung.

Die Worte: „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" können also zwei ganz verschiedene Bedeutungen haben:

Im formellen Sinne gehört der Satz der Rechtstheorie an und ist ein analytisches Urteil; im materiellen Sinne ist es ein Satz der Rechtsempirie, gilt nur für die einzelne konkrete Rechtsordnung und ist ein synthetischer Satz a posteriori.

In welchem Sinne ihn die römischen Juristen gebraucht haben, ist hier nicht zu erörtern. Dagegen müssen wir, um den Exkurs von Bekker kritisieren zu können, die Frage berühren, in welchem Umfang der Satz im materiellen Sinn für das römische Recht (des Corpus juris Justiniani) gegolten habe.

Hier ist soviel sicher, dass er als Grundsatz galt, und dass es stets einer besonderen Rechtsnorm bedarf, wenn man für das römische Recht mit Fug als positives Recht behaupten will, dass jemand durch Rechtsgeschäfte einem anderen mehr Rechte verleihen kann, als er selber hat. Welche Ausnahme kann man nun annehmen?

Bekker führt als scheinbare Ausnahme (denn wirkliche kann er ja, von seiner Auffassung des Satzes, ... mit Recht . . . . nicht anerkennen) folgende Gruppen auf:

1. fr. 63 de usufr. (7, 1);
2. die Ausübung des Vorgängers könne mangels irgend welcher rechtlich erheblicher persönlicher Eigen-

schaften beschränkt gewesen sein, während der Nachmann jene Eigenschaften habe und somit zur unbeschränkten Ausübung im stande sei;

3. a) Erwerb in gutem Glauben vom malae fidei possessor mit nachfolgender longi temporis possessio; welchen Vorgang er in Parallele stellt mit den Erwerbsakten aus Art. 306 f. A. D. H. G. B.;
   [b) für das gemeine Recht: Erwerb an Geld;]
4. Pfandgläubiger, Mandatare, Trödler u. s. w.;
5. „am bedenklichsten" die Privilegien des Fiskus, des Augustus und der Augusta aus c. 2—3 de quadr. pr. (7, 37); c. 2 de comm. rer. (4, 52); § 14 J. de us (2, 6).

Sehen wir uns diese Fälle daraufhin an, inwieweit sie Ausnahmen von dem Satze „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" (in seiner materiellen Bedeutung) sind, und inwiefern die Erklärungsversuche von Bekker methodologisch gerechtfertigt sind. Wir beginnen mit:

1. den Privilegien des Fiskus u. s. w. aus c. 2—3 de quadr. pr.; c. 2 de comm. rer.; § 14 J. de us.

Nach diesen Stellen ist kein Zweifel, dass für das Justinianische Recht folgender Satz als positives Recht anzunehmen ist: Wenn jemand vom Fiskus, vom Kaiser oder von der Kaiserin eine Sache kauft, die dem verkaufenden Fiskus u. s. w. nicht gehört, so wird er gleichwohl Eigentümer. Nachdem schon eine Verordnung von Marc Aurel dem Käufer (vom Fiskus) nach Ablauf von 5 Jahren seit dem Verkaufe gegen die Klage des wahren Eigentümers eine exceptio gegeben hatte, bestimmte der Kaiser Zeno, dass der Käufer in solchen Fällen sofort Eigentümer werden solle: constitutio Zenonis bene prospeseit his, qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, sive conveniantur sive experiantur . . ., dem geschädigten bisherigen Eigentümer (oder Hypothekar) steht lediglich ein Anspruch gegen den Fiskus zu. Durch ein Gesetz Justinians

wurde dann diese Vorschrift auch auf die Fälle ausgedehnt, da der Kaiser oder die Kaiserin etwas aus ihrem Privatvermögen verkauften. Es wird mithin der Käufer auch dann Eigentümer, wenn der Fiskus (Kaiser, Kaiserin) selbst nicht Eigentümer war, und dies ist eine Ausnahme von dem Satze, der grundsätzlich auch für das Justinianische Recht noch gilt: dass der Käufer nur dann Eigentum erlangen kann (sc. durch den Verkauf und die Übergabe), wenn solches bereits dem Verkäufer zustand . . . mithin insofern eine Ausnahme von dem Satze „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ in seiner materiellen Bedeutung. Diese Ausnahme ist nicht wegzuleugnen; aber einer „Erklärung“ ist sie weder bedürftig noch fähig (es ist hier selbstverständlich nicht die Rede von ihrer geschichtlichen Erklärung), denn der Satz „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ in seiner materiellen Bedeutung gilt eben, als Wiedergabe des geltenden Rechtes, nur gerade soweit, als das Gesetz ihn anerkennt. Sobald das Gesetz für einzelne Fälle das Gegenteil verordnet, kann diese Ausnahme von der Rechtswissenschaft (der Rechtsempirie) lediglich konstatiert werden; eine Erklärung dafür verlangen oder geben zu wollen, wäre sinnlos.

Was sagt nun aber Bekker dazu?[1]) Erinnern wir uns, dass er in seinem Exkurse den Satz „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ in seiner formellen Be-

---

1) Ich setze die betr. Stelle im Zusammenhange hierher:

„Am bedenklichsten können die Privilegien von Fiskus, Regent und Gemahlin desselben aus c 2—3 de quadr. praescr. 7, 37; c 2 de comm. rer. 4, 52; § 14 J. de usuc. 2, 6 erscheinen. Offenbar liegt eine willkürliche Singularität vor, die juristisch zu konstruieren entweder so ist:

> mit der Vornahme der Veräusserung macht Fiskus u. s. w. zunächst sich selber zum Berechtigten, und überträgt dann sein so singulär erworbenes Recht normal weiter;

oder

> Fiskus ist ein aufgezwungener Vertreter, der wie der Pfandgläubiger nur ein Veräusserungsrecht hat, die Übertragung geschieht zwischen dem ursprünglich Berechtigten und demjenigen, der vom Fiskus kauft.

deutung nimmt, ihn also als einen analytischen Satz behandelt und daher (mit Recht) jede Möglichkeit einer Ausnahme a priori verneint. Gleichwohl beginnt er die Erörterung der Privilegien aus c 2—3 C 7, 37; c 2 C 4, 52; § 14 J. 2, 6 mit den Worten: „Am bedenklichsten können die Privilegien vom Fiskus, Regent und Gemahlin desselben erscheinen.“ Ja, warum in aller Welt sollen denn diese Privilegien bedenklich erscheinen? Bekker redet doch ausschliesslich von der formellen Bedeutung des Satzes „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“, und von diesem Satze bedeuten die Privilegien doch zweifellos keine Ausnahme! Sagt B. doch selbst mit Recht: „Was der Nachfolger mehr hätte, als sein Vorgänger, hätte er eben nicht durch Übertragung von diesem.“ Also von der materiellen Bedeutung des Satzes redet B., wie aus diesen Worten ja deutlich hervorgeht, überhaupt nicht; und nur von diesem Satze (nemo plus juris transferre potest quam habet ipse in seiner materiellen Bedeutung) stellen die Privilegien eine Ausnahme dar.

Nun aber weiter: „Offenbar liegt eine willkürliche Singularität vor.“ Eine Singularität (nämlich eine Ausnahme von einer Regel) stellen die Privilegien zweifellos dar, aber erstens ginge das B. hier gar nichts an, weil er ja nicht die Frage zu beantworten hatte, inwiefern die Regel, dass nur der Eigentümer wirklich Eigentum verschaffen könne, im Justinianischen Rechte durchgeführt sei, und zweitens: warum soll denn diese Singularität willkürlich sein? Vielleicht war sie es, vielleicht war solche Begünstigung des Fiskus in konkreter empirischer Lage nicht das richtige Mittel zum richtigen Ziele . . . aber was berechtigt uns, zu behaupten,

---

Nach beiden Auffassungen wird nicht sowohl das „nemo plus juris etc.“, als die andere überhaupt nicht ausnahmslose Rechtsregel verletzt „non licet inviti et ignorantis condicionem deteriorem facere“ fr. 39 de neg gest. 3, 5; fr. 74 de R. J. 50, 17. Praktische Differenzen zwischen den beiden vorgeschlagenen Konstruktionen bestehen kaum, dagegen wird die heutige Gültigkeit des Privilegs überhaupt bestritten von . . .“

dass dem wirklich so gewesen sei? Die Motive, die die Kaiser zu ihren Verordnungen bestimmt haben, sind uns nur angedeutet und die sozialen Phänomene jener Zeit in ihren Einzelheiten viel zu wenig bekannt, als dass wir uns vermessen könnten, ein kritisches Urteil darüber zu fällen, ob jene Rechtssatzung in konkreter empirischer Lage dem absoluten Endziele alles sozialen Lebens, dem „sozialen Ideal", konform gewesen sei oder nicht. Sie eine willkürliche Massregel des Gesetzgebers zu nennen, liegt also keine Berechtigung und kein Anlass vor.

Vermutlich meint dann auch Bekker etwas anderes. Er will die Bestimmung offenbar nicht als einen Verstoss gegen die Grundsätze des richtigen Rechtes tadeln, es ist vielmehr das Unbehagen des theoretisierenden Juristen darüber, dass seine schönen Formeln, die er mit einiger Mühe und viel Scharfsinn und Nachdenken aus den positiven Rechten abstrahiert hat, nun wieder gar nicht restlos stimmen wollen, indem der böse Gesetzgeber die schönen Grundsätze leider durch allerlei „positive" Ausnahmen „willkürlich" (oder milder gesagt, aus Utilitätsgründen) durchlöchert hat. Es ist die bekannte Erscheinung, die in fast allen rechtswissenschaftlichen Darstellungen empirischer Rechtsordnungen wiederholt nachzuweisen ist, ebenso häufig wie unberechtigt und psychologisch zu erklären aus einer Verkennung der Grenzen zwischen Rechtsempirie und Rechtstheorie. Die Gesetze sind nicht dazu da, damit sie für die Darstellung und Lehre in möglichst wenig Worten zusammengefasst werden können; die Gesetze haben ihre eigenen Zwecke, und der, der sie darstellt, muss sich an den Stoff gewissenhaft halten. Sobald er aber nicht mehr Rechtskunde treibt, sondern Rechtstheorie, so kann ihm in den Sätzen, die er jetzt aufstellt, kein Gesetzgeber irgend welche Ausnahmen schaffen: in der Rechtsempirie völlige Abhängigkeit der Darstellung vom Stoffe, in der Rechtstheorie völlige Freiheit der Begriffsbildung! Es beruht also lediglich auf einer Ver-

kennung dieses Grundsatzes, wenn Bekker die in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen eine „willkürliche Singularität“ nennt. Und siehe da, schon beginnt er diese Singularität juristisch zu „konstruieren“. Welch vergebliches Bemühen, eine positive Gesetzesbestimmung, die in ihrer Bedeutung und Tragweite gar keinen Zweifel obwalten lässt, konstruieren zu wollen! Über die beiden Konstruktionen wollen wir hier nicht weiter sprechen, da wir es nicht sowohl mit der Frage zu tun haben, wann jemand Eigentum vom Nichtberechtigten erwerben könne, sondern lediglich mit einer Untersuchung über Rechtsempirie und Rechtstheorie. Wenn Bekker aber von seinen beiden Konstruktionsversuchen selber sagt: „Nach beiden Auffassungen wird nicht sowohl das „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“, als vielmehr die andere überhaupt nicht ausnahmslose Rechtsregel verletzt: „non licet inviti et ignorantis condicionen deteriorem facere“, so kommt hierin, wenn auch etwas schüchtern, der richtige Gedanke wieder zum Ausdruck, den Bekker am Anfange seines Exkurses selber treffend ausgesprochen hat: dass nämlich der Satz „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ in seiner formellen Bedeutung gar keine Ausnahme zulasse, andererseits aber auch nichts weiter sei, als eine begriffliche Schematisierung eines bereits bekannten, auf anderem Wege gewonnenen Stoffes, über diesen Stoff selbst aber keinerlei Auskunft gebe. Es hätte also der Bedenken, des Scheltens als willkürlicher Singularität und der Konstruktionen gar nicht bedurft. Doch damit nicht genug: nachdem B. somit, wenn auch auf grossen Umwegen, schliesslich zu seinem Ausgangspunkte endgültig zurückgekehrt ist (oder vielmehr zurückgekehrt zu sein scheint), springt er noch zu guter letzt von dem richtigen Wege wieder ab, denn auf die richtige Versicherung, dass durch die Privilegien in Wahrheit gar nicht der Satz von dem „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ (als ein analystisches Urteil der Rechtstheorie) getroffen werde, sondern lediglich eine

der Rechtsempirie angehörige, der Ausnahmen durchaus fähige regula juris: non licet inviti et ignorantis condicionen deteriorem facere . . . . . auf diese Erklärung, mit der der Exkurs in leidlicher Verfassung hätte schliessen können, folgt noch ein Satz, der alles wieder zerstört, was man nach dieser Versicherung annehmen durfte, denn es heisst jetzt: „Praktische Differenzen zwischen den vorgeschlagenen beiden Konstruktionen bestehn kaum.“ Kaum? Da die Tragweite der fraglichen gesetzlichen Vorschriften ganz klar ist, so werden allerdings praktische Differenzen „kaum“ auftauchen; was aber haben die Konstruktionen damit zu schaffen? Eine rechtliche Erscheinung zu konstruieren, hat nur Sinn und Verstand, wenn der Inhalt der massgeblichen Rechtssätze völlig zweifellos und klar ist; was ich stofflich nicht kenne, mit dessen begrifflicher Konstruktion hat es noch gute Wege. Wenn aber hinsichtlich eines Rechtssatzes noch Zweifel oder Ungewissheit über praktische Differenzen möglich sind, so ist der Inhalt eben noch nicht völlig gewiss, und dann wäre es widersinnig, die (sachlich noch unbekannten) rechtlichen Erscheinungen begrifflich betrachten, sie „konstruieren“ zu wollen; und umgekehrt, ist ein Rechtssatz sicher bekannt, so können zwar über die begriffliche Auffassung und Schematisierung der daraus sich ergebenden rechtlichen Erscheinungen Zweifel entstehn und verschiedene Konstruktionen möglich machen, und diese können dann freilich theoretische Differenzen zur Folge haben; nimmermehr aber können verschiedene Konstruktionen praktische Differenzen ergeben.

Wir müssen also aus der Versicherung Bekkers, dass praktische Differenzen „kaum“ bestehen, mit Betrübnis ersehen, dass er sich auch bei dem anscheinend so schön abschliessenden, so trefflich zu lesenden Satze „Nach beiden Auffassungen wird nicht sowohl u. s. w.“ keineswegs darüber im klaren ist, ob er von einem analytischen Urteil der Rechtstheorie spreche (das notwendig ausnahmslos sein müsste) oder von einem der Rechtsempirie angehörenden

synthetischen Satze a posteriori, der nichts weiter darstellen würde, als eine generalisierende, kürzende, zusammenfassende Darstellung eines empirisch gegebenen Rechtsstoffes, die in ihrer Kürze, ihrer Fassung als „Regel" dem empirischen Stoffe gegenüber immer nur approximativ richtig sein kann, die Möglichkeit von Ausnahmen dagegen stets offen lässt.

Überblicken wir noch einmal den Gedankengang Bekkers, so zeigt sich, dass er folgenden Zickzackweg wandelt. Er geht (mit Recht) davon aus, dass der Satz: „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse" aus der Definition des transferre gezogen, also ein analytischer Satz sei, und verneint daher (mit Recht) a priori die Möglichkeit von Ausnahmen, weil der Satz den Inhalt der empirischen Rechtsordnung gar nicht berühre, darüber, ob man durch Rechtsgeschäfte mit einem Nichteigentümer Eigentum erlangen kann, gar nichts aussage (also eine Erörterung der Rechtstheorie);

kaum aber stösst er auf einen Fall, da nach positivem Rechte der Käufer auch vom Nichteigentümer Eigentum erlangt, so erscheint ihm dies „bedenklich" und eine „willkürliche Singularität" . . .

Erster Fehler, weil er damit eine Frage der Rechtsempirie hineinzieht, die mit seinem Satze gar nichts zu tun hat.

Diese Singularität versucht er „zu konstruieren" . . .

Zweiter Fehler, weil Konstruktionen ausschliesslich Sache der Rechtstheorie sind, Rechtssätze als solche aber niemals konstruiert, sondern nur konstatiert werden können.

Bei diesen Konstruktionsversuchen kommt ihm auf einmal wieder der rettende Gedanke, dass die angebliche Ausnahme gar keine Ausnahme von seinem Satze: nemo plus juris transferre potest quam habet ipse sei, sondern eine Ausnahme von einem ganz anderen Satze, der der Rechtsempirie angehört. Glücklich also bei seinem Ausgangs-

punkte angelangt, springt er — dritter Fehler — doch noch einmal auf das Gebiet der Rechtsempirie über, indem er versichert, dass zwischen den beiden Konstruktionsversuchen (der Rechtstheorie) praktische Differenzen (Unterschiede, die der Rechtsempirie angehören) „kaum“ beständen.

Nur wenige Zeilen ist Bekkers Exkurs über die Privilegien des Fiskus lang, kaum eine Buchseite nimmt er ein; geschrieben ist er von einem Manne, der zweifellos zu den schärfsten Denkern unter den modernen Juristen gehört, und doch in den wenigen Worten solch eine Verwirrung . . . . fürwahr ein schlagendes Beispiel für die Folgen mangelnder Klarheit über Unterschied und Grenzen der Rechtsempirie und der Rechtstheorie.

Wir haben nun noch die anderen vier Fälle zu betrachten, die Bekker als scheinbare Ausnahmen aufführt.

2. fr. 63 de usufr. erledigt sich, wie B. mit Recht bemerkt, als eine Wortspielerei.

3. zutreffend ist auch, was B. von den beim Vormanne vorhandenen Beschränkungen für die Ausübung des Rechts sagt.

4. dass der gutgläubige Erwerber, der eine fremde Sache erwirbt, durch Ersitzung Eigentümer wird, hat mit dem Satze, dass niemand mehr Rechte übertragen könne, als er selber habe, nichts zu tun, denn der Erwerb des Eigentumes erfolgt ja hier gerade nicht durch den rechtsgeschäftlichen Akt, sondern erst durch den fortgesetzten qualifizierten Besitz. Es wäre daher wohl richtiger gewesen, wenn B diesen Rechtssatz überhaupt nicht erwähnt hätte, denn bei ihm ist es von vorneherein klar, dass er in keiner Weise eine Ausnahme von dem „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ bildet, und seine Anführung kann

daher nur verwirrend wirken. Doch dies ist Geschmacksache. Ganz und gar verfehlt ist es aber, wenn B. diesen Erwerb durch Ersitzung in Parallele stellt mit dem Satz des A. D. H. G. B. Art. 306 f., dass unter gewissen Voraussetzungen der gutgläubige Erwerber an einer gekauften Sache auch dann Eigentum erlangt, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer ist. Diese beiden Fälle stehn doch in dem, was hier interessiert, in direktem Gegensatze. In dem Falle aus dem römischen Recht ist die Ursache des Eigentumserwerbs gar nicht die rechtsgeschäftliche Verfügung des Auktors, sondern der dauernde Besitz des Nachmannes. Dagegen verschafft nach A. H. G. B. cit. in der Tat jemand durch einen rechtsgeschäftlichen Akt einem anderen ein Recht, das er selbst nicht besass. A. H. G. B. 306 f. bedeutet mithin eine wahre Ausnahme von dem Satze „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ (natürlich in seiner materiellen Bedeutung), welcher Satz grundsätzlich auch für das gemeine Recht galt, wie er grundsätzlich auch noch für das B. G. B. gilt (nur die Zahl der Ausnahmen ist grösser geworden). A. H. G. B. 306 f. bilden mithin in dem, was hier interessiert, nämlich in ihrem Verhältnisse zu der doppelsinnigen Rechtsparömie „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ eine Parallele zu den Privilegien des Fiskus.

5. Ebenso auffallend ist die Zusammenstellung von Pfandgläubigern, Mandataren, Trödlern u. s. w. Wenn Bekker von ihnen sagt: „sie sind zur Übertragung vorzüglich fremdes Eigentumes, überhaupt fremder Rechte befähigt; sie handeln hierbei als Vertreter, gleichviel ob in eigenem oder fremden Interesse und die Übertragung geschieht von den Vertretenen auf den Erwerber“, so ist dies nur zum Teile richtig. Mandatare und Trödler handeln allerdings als Vertreter und übertragen dabei freilich fremde Rechte, aber doch kraft einer vom wahren Berechtigten ihnen eingeräumten Verfügungsgewalt. Insofern bilden sie allerdings eine Ausnahme von dem Grundsatze „nemo plus juris transferre potest quam

habet ipse“ (in seiner materiellen, rechtsempirischen Bedeutung). Diese Ausnahme ist jedoch nur die Folge eines ebenfalls grundsätzlich geltenden Rechtssatzes, dass nämlich der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht über die Rechte des Vertretenen mit gleicher Wirkung verfügen kann, wie der Vertretene selbst; die Ausnahme ist mithin, weil lediglich die Folge der Kreuzung mit einem anderen Grundsatze, nur eine scheinbare Ausnahme. Ganz anders liegt die Sache beim Pfandgläubiger. Wenn dieser durch den Pfandverkauf den Käufer zum Eigentümer macht, obwohl vielleicht der bisherige Eigentümer mit dem Verkaufe gar nicht einverstanden war, so handelt er dabei Kraft eigenen Rechtes[1]) und verschafft somit dem neuen Erwerber tat-

1) Man darf nicht etwa einwenden, dass ja der Eigentümer dem Pfandgläubiger durch die Verpfändung die Befugnis übertragen habe, die Sache mit Wirkung für ihn zu veräussern. Denn abgesehen davon, dass dies für die gesetzlichen Pfandrechte nicht zutreffen würde, besteht auch bei der vertragsmässigen Verpfändung, wenigstens bei der Einräumung eines Faustpfandrechtes, das Wesentliche nicht etwa in der Einräumung einer Veräusserungsbefugnis, sondern lediglich in der Übergabe zwecks Sicherung einer Forderung. Aus fr. 4 de pign. act (13, 7) geht für das Justinianische Recht zweifellos hervor, dass der Pfandgläubiger, der den geschehenen Pfandverkauf rechtfertigen will, lediglich darzulegen braucht, dass der Eigentümer ihm die Sache zur Sicherung für seine Forderung übergeben habe, nicht etwa auch, dass er mit dem eventl. Verkaufe einverstanden gewesen sei oder gar sein Einverständnis damit erklärt habe. Die Verkaufsbefugnis des Faustpfandgläubigers gründet sich also de lege lata nicht auf einen dahingehenden rechtsgeschäftlichen Willen des Verpfänders, sondern direkt auf eine Vorschrift des Gesetzes, und dadurch unterscheidet sich die Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers von der des Mandatars und des Trödlers. Oft oder meist wird natürlich der Verpfänder sich dessen bewusst sein, dass der Pfandgläubiger mit der Übergabe zwecks Sicherung ein unbedingtes Verkaufsrecht kraft Gesetzes erlange, vielleicht auch mit dem Verkauf einverstanden sein oder sogar die Befugnis dazu dem Pfandgläubiger ausdrücklich einräumen; notwendig ist dies jedoch zur Entstehung eines gültigen Pfandrechtes nicht.

Anders liegt die Sache freilich, aber auch nur hinsichtlich der vertragsmässigen Pfandrechte, für das Recht des B. G. B. Denn nach §§ 1204 f genügt zur Entstehung eines Pfandrechtes nicht die Über-

sächlich mehr Rechte, als ihm selber zustanden. Der Pfandverkauf bildet also eine wahre Ausnahme von dem Grundsatze: „nemo plus juris transferre potest quam habet ipse“ in seiner materiellen Bedeutung.

B. Nulli res sua servit. — Servitus in faciendo consistere nequit.

Das bisher behandelte Beispiel beschäftigte sich mit der Verwirrung, die dadurch entstanden war, dass ein äusserlich einheitlich lautender Satz einen gänzlich anderen Sinn hatte, je nachdem man ihn als Satz der Rechtstheorie nahm (in welchen Fällen er analytisch und folglich ausnahmslos war), oder als Satz der Rechtsempirie (in welchem Falle er ein empirisch-synthetisches Urteil darstellte). Wir werden jetzt ein etwas anders geartetes Beispiel vornehmen, bei dem die Verkennung der Grenzen von Rechtsempirie und Rechtstheorie einen Fehler gegen die Regeln der Begriffsbildung verursacht.

Definitionen hat, nach Kant,[1]) einzig die Mathematik, weil nur solche Begriffe „zum Definieren taugen, die eine willkürliche Synthesis enthalten, welche a priori konstruiert werden kann“. Das ist sachlich richtig insofern, als die Art und Weise, in der die Mathematik ihre Begriffe festlegt, in keiner anderen Wissenschaft, auch nicht in der Transzendental-Philosophie vorkommt. Der Sprachgebrauch aber verwendet in der Regel das Wort Definition in einem weiteren Sinne, in welchem es nicht nur die synthetischen Definitionen (der

---

gabe zwecks Sicherung, sondern es ist erforderlich, dass Verpfänder und Gläubiger darüber einig sind, dass dieser berechtigt sein solle, Befriedigung aus der Sache zu suchen. Trotzdem liegen meines Erachtens auch für die rechtstheoretische Bearbeitung des neuen Rechtes Bedenken dagegen vor, die Veräusserungsbefugnis des Pfandgläubigers und die des Mandatars u. s. w. ohne weiteres unter einen einheitlichen Begriff zusammen zu ziehen. Eine nähere Erörterung hierüber gehört jedoch nicht mehr in den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

1) „Kr. d. r. V.“ S. 755 ff.

Mathematik), sondern auch das umfasst, was Kant „analytische Definitionen“ nennt, nämlich die Zergliederung „willkürlich gedachter“ Begriffe allgemein, oder genauer: die Festlegung eines bestimmten Wortes auf einen bestimmten „willkürlich gedachten“ (d. h. vom Verstande frei gebildeten) Begriff. In diesem Sinne kommen Definitionen in allen Wissenschaften, auch den empirischen, vor: denn alle Wissenschaften schaffen sich, um in das Mannigfaltige der Erkenntnisobjekte Einheit zu bringen, ihre Begriffe, unter die sie das Mannigfaltige zusammenziehen. „Meinen Begriff kann ich in solchen Fällen“ (nämlich wenn er vom Verstande selbst gebildet ist) „jederzeit definieren, denn ich muss doch wissen, was ich habe denken wollen, da ich ihn selbst vorsätzlich gemacht habe, und er mir weder durch die Natur des Verstandes noch durch die Erfahrung gegeben worden.“ [1])

Der Begriff, auch der empirische,[2]) d. h. der aus der Erfahrung abgezogene, nach Massgabe des in der Erfahrung gegebenen gebildete, ist demnach stets vom Verstande, d. h. der Spontaneität unseres Gemütes, erzeugt und insofern „willkürlich“ gebildet, aber andererseits zu bestimmtem Zwecke, nämlich dem, eine einheitliche Erfassung des Mannigfaltigen zu ermöglichen. Die Bildung des Begriffes (Definition) ist, wie bereits erwähnt, nicht selbst schon ein Akt des Erkennens (wie es das analytische Urteil ist), sondern nur ein Hülfsmittel hierzu. Der Begriff selbst aber kann (sofern er nicht in sich widerspruchsvoll . . . eckiger Kreis!) niemals eigentlich falsch sein (weil er ja vom Verstande frei gebildet wird), sondern nur zu seinem eigentümlichen Zwecke (der Herstellung der Einheit in dem Gewirre des Mannigfaltigen der zu erkennenden Objekte)

1) Kant a. a. O.

2) Der Gegensatz: empirische Begriffe — B. a priori ist nicht psychologischer, sondern transzendentaler Natur; er bezieht sich nicht auf den subjektiven Vorgang der Bildung, sondern auf den Gegenstand, der durch den Begriff erkannt werden soll, und sein Verhältnis zur Erfahrung.

ungeeignet, mithin „gegenstandslos“ sein. Aus dem einmal fixierten Begriffe ergeben sich aber, nach den Gesetzen der Logik, alsbald a priori gewisse Folgerungen als analytische Urteile, je nach dem Inhalte des Begriffes mehr oder weniger zahlreich.

Die Naturforscher haben seit langem für die übersichtliche Erkenntnis der zahllosen Tierarten verschiedene Gruppen aufgestellt und unter anderem auch den Begriff des Säugetieres (mammale) gebildet. So lange sie diesen Begriff dahin definierten: lebendig gebärende Tiere, konnte auch der Laie, dessen zoologisches Wissen über die Kenntnis der allergewöhnlichsten Haustiere nicht hinausreichte, a priori behaupten: ein eierlegendes Säugetier ist unmöglich, denn „Eier legen“ und „lebendig gebären“ sind unvereinbare Gegensätze, und das „lebendig gebären“ gehörte ja zum Begriffe des Säugetieres. Als nun Ende des 18. Jahrhunderts das Schnabeltier (Ornithorhynchus paradoxus) bekannt wurde und später genaue Beobachtungen die schon früher vermutete Tatsache ausser Zweifel stellten, dass dieses bis dahin allgemein zu den mammalia gerechnete Tier Eier lege,[1]) da entstand für die wissenschaftliche Naturgeschichte das Problem des eierlegenden Säugetieres. Nur der rohe Empiriker konnte sich damit trösten, dass alle Theorie grau sei; der wissenschaftlich gebildete und denkende Naturforscher musste diesen Widerspruch zwischen „Natur und Geist“ zu lösen bemüht sein. Dabei boten sich ihm formal zwei Wege. Entweder sagte er: das Schnabeltier ist, trotz seiner sonstigen Eigenschaften, kein Säugetier im wissenschaftlichen Sinne (ebensowenig wie der Walfisch ein Fisch und die Fledermaus ein Vogel), oder er revidierte seinen Begriff des Säugetieres. Da nun die morphologische und biologische Betrachtung ergab, dass das Schnabeltier trotz des Eierlegens den Mammalia viel näher verwandt ist, als den eierlegenden Tieren, so schlug die Naturwissenschaft den zweiten Weg ein und stellte einen neuen Begriff des

1) Haeckel: „Nat. Sch. G.“ 26. Vortrag. S. 651–653.

Säugetieres auf, der über die Form, in der die Jungen in die Aussenwelt eintreten, nichts enthielt.

Die Naturforscher, die angeblich blossen Empiriker, haben sich also mit Anstand aus der schwierigen Angelegenheit gezogen; von den Juristen, die auf die Schärfe und Sicherheit ihrer Begriffe so stolz sind, dass sie kühn behaupten, sie rechneten mit ihnen, wie die Mathematiker mit ihren Zahlen . . . von diesen begriffsfreudigen Juristen kann man dasselbe leider nicht behaupten.

„Dienstbarkeiten," sagt Endemann,[1]) „sind dingliche Rechte auf begrenzten Gebrauch einer fremden Sache." Daraus folgt mit logischer Notwendigkeit der Satz: eine Servitut an eigner Sache ist unmöglich — nulli res sua servit, ein analytischer Satz, der keine Ausnahme zulässt. Aber siehe da, 3 Seiten weiter heisst es bei Endemann: „Die Dienstbarkeit besteht grundsätzlich nur an fremden Sachen oder Rechten, denn ihr Zweck ist, die wirtschaftliche Macht durch die Nützung an den Gütern anderer Personen zu steigern. Das Gesetz erkennt indessen an, dass eine Dienstbarkeit auch an dem eignen Grundstück bestehn kann, wenn sich das Eigentumsrecht mit dem Dienstbarkeitsrecht in einer Person vereinigt. . . ."

Das ist ein logischer Fehler, zu erklären aus einer Vermengung rechtsempirischer und rechtstheoretischer Erwägungen. Welche rechtlichen Folgen eintreten, wenn der Eigentümer, dessen Sache mit der Servitut (oder mit einem Pfandrechte) eines Dritten belastet ist, diesen beerbt oder in anderer Weise sein Rechtsnachfolger wird, das ist eine Frage der Rechtsempirie, die einzig und allein für das einzelne konkrete Recht und aus diesem zu beantworten ist. Das Gesetz kann sagen:

1. Sobald solche Rechtsnachfolge eintritt, erlöschen die besonderen rechtlichen Beziehungen, die den Inhalt der Servitut bildeten, gänzlich und definitiv: der rechtliche Akt, der einst die Belastung der Sache (die Einschränkung des

1) „Bürgerl. R." II, 1 § 98. S. 620.

Eigentumes) hervorrief, hat für die Zukunft schlechterdings keine Wirkungen mehr.

Dies war für die Servituten der Standpunkt des römischen Rechtes,[1]) der nur durch ganz wenige Ausnahmen[2]) durchbrochen wurde.

2. Oder das Gesetz kann sagen: wenn jene Rechtsnachfolge eintritt, so erlöschen zwar die rechtlichen Beziehungen, die den Inhalt der Servitut bildeten, zunächst ganz und gar, aber sie leben unter Umständen wieder auf. Gehörte z. B. die Servitut zu einem Vermögen, hinsichtlich dessen der Eigentümer der Sache nur Vorerbe geworden, so erlangt mit dem Eintritte der Nacherbfolge der Nacherbe ipso jure, ohne dass es irgend eines Rechtsaktes bedarf, eine inhaltlich gleiche Berechtigung an der Sache, wie sie vor dem ersten Erbfalle dem Dritten zustand. Für derartige rechtliche Vorgänge eines Erlöschens mit demnächstigem ipso jure Wiederaufleben gibt es den treffenden Ausdruck: das Recht „ruht".

Eine solche Regelung ist von dem Gesetze vielfach getroffen. Schon das römische Recht schrieb solches vor bei der Restitution der Erbschaft ex S. Cto. Trebelliano;[3]) aus dem A. L. R. vgl. §§ 52—54 I, 22 und aus dem B. G. B. §§ 1976, 1991[II], 2143, 2377, 2175.

3. Oder endlich das Gesetz kann bestimmen: der Rechtsakt, der ursprünglich die Belastung der Sache herbeiführte, äussert auch nach der erwähnten Rechtsnachfolge weiterhin rechtliche Wirkungen. Dies ist freilich nur hinsichtlich gewisser Wirkungen möglich. Das Verbietungsrecht z. B.,

---

1) fr. 30 pr. de serv. praed. urb. (8, 2); fr. 1 quemadm. serv. am. (8, 6).

2) Einerseits die „retentio per partes" bei Miteigentum an der dienenden oder herrschenden Sache: fr. 8 § 1 de serv. (8, 1); fr. 30 § 1 de serv. praed. urb. (8, 2) — andererseits beim Universalfideikommiss.

3) fr. 51 § 1 de S. Cto. Treb. (36, 1). Interessant ist dabei ein Vergleich einerseits mit dem Einflusse der Restitution auf Forderungen: fr. 61 pr. 82 cit. . . . andererseits mit der Bestimmung für Singularvermächtnisse: fr. 18 de serv. (8, 1).

das in einer servitus non faciendi enthalten ist (z. B. altius non tollendi), kann unmöglich auf den Eigentümer übergehn, weil es ein Unding wäre, dass sich der Eigentümer nach rechtlicher Satzung selbst etwas sollte verbieten dürfen. Und gleiches gilt an sich für das, in den servitutes patiendi enthaltene, Recht zu ausnahmsweiser Einwirkung auf die belastete Sache (z. B. das Recht, über das belastete Grundstück zu gehn), denn der Eigentümer ist ohnehin zur beliebigen Benutzung seiner Sache befugt; wohl aber können andere Wirkungen fortdauern. Wenn z. B. das Grundstück des A mit zwei Servituten belastet ist, einer des B und einer des C — der B hat eine servitus itineris, der C, im Range nachstehend, den Niessbrauch an demselben Grundstücke — und nun beerbt der A den B, dann kann das Gesetz zweierlei vorschreiben:

a) entweder verordnet es: der A kann sich fürderhin auf die Tatsache, dass dem B einst ein Wegerecht eingeräumt worden ist, überhaupt nicht mehr berufen, er darf also wider Willen des C nicht über sein Grundstück gehn,

b) oder aber, das Gesetz sagt: Der A darf allerdings die Rechte des B auch dem C gegenüber ausüben, er darf auch gegen den Willen des Niessbrauchers über das Grundstück in demselben Umfange gehn, wie dies der B durfte (nicht als Eigentümer, denn das Eigentum geht in der Konkurrenz mit dem Niessbrauche diesem nach, sondern als Rechtsnachfolger des Servitutberechtigten).

Es ist also sehr wohl möglich, dass (nach positivem Rechte) die einmal erfolgte Begründung einer Servitut auch dann noch Wirkungen äussert, wenn der Eigentümer Rechtsnachfolger des Servitutberechtigten geworden ist. Besonders deutlich wird dies durch einen Vergleich mit der anderen Gruppe der beschränkten dinglichen Rechte, den Pfandrechten. Die in dem Pfandrechte enthaltene Befugnis, eine fremde Sache bei Nichtbefriedigung einer Forderung für sich zu verwerten, muss als solche notwendig untergehn, sobald der Eigentümer den Pfandgläubiger beerbt oder

sonstwie sein Rechtsnachfolger wird, denn das Recht zum Verkaufe steht dem Eigentümer ja schon ohnehin, kraft seines Eigentumes, zu. Eine ganz andere Frage ist es aber, ob nun bei dem Verkaufe durch einen anderen Pfandgläubiger dem Eigentümer, der einen früheren im Range vorstehenden Pfandgläubiger beerbt hat, der Betrag für dessen Forderung vorab zu bezahlen ist oder nicht — ob, wie der Kunstausdruck lautet, in solchen Fällen die nachstehenden Pfandgläubiger aufrücken oder nicht (vgl. den Gegensatz zwischen dem römischen Rechte, das grundsätzlich die Nachhypothekare aufrücken liess, und dem B. G. B., das bei Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden die Stelle dem Eigentümer stets vorbehält).

Die konkrete Rechtsordnung kann also (und hat es vielfach getan) vorschreiben, dass die besonderen rechtlichen Beziehungen, die den Inhalt der Servitut (oder des Pfandrechtes) ausmachen, soweit sie überhaupt dem Eigentümer neben seinem Eigentume besonders zustehn können, ihm — ganz oder teilweise — auch wirklich zufallen, sobald er Rechtsnachfolger des Servitutberechtigten (Pfandgläubigers) wird; wobei, um dies der Vollständigkeit halber noch hervorzuheben, das Gesetz wiederum zwei Möglichkeiten hat, nämlich entweder das Fortbestehn jener rechtlichen Beziehungen als Grundsatz aufzustellen (so das B. G. B. § 889 für eingetragene Rechte),

oder aber es schreibt grundsätzlich das Erlöschen jener Beziehungen vor und bestimmt nur ausnahmsweise das Fortbestehn (so das B. G. B. § 1063 für den Niessbrauch an Mobilien).

Ob, in welchen Fällen und in welchem Umfange ein Fortwirken der gedachten Art stattfinde, ist lediglich aus den einzelnen positiven Rechten zu beantworten, mithin Gegenstand der Forschung für die Rechtsempirie. Will man mit dem Satze: „Eine Servitut erlischt, wenn der Eigentümer sie erwirbt“ (oder: „sie erlischt nicht, wenn u. s. w.“) sagen: die rechtlichen Beziehungen, die den Inhalt der

Servitut ausmachten, erlöschen oder aber: sie bleiben bestehn, nachdem der Eigentümer Rechtsnachfolger des Servitutberechtigten geworden ist — so ist dies ein empirischer Satz, der nichts von innerer Notwendigkeit enthält, sondern nur auf Grund und nach Massgabe der Erfahrung gilt.

Nun nehme man wiederum an, dass diese Erfahrung in Dingen eines konkreten Rechts (ad exemplum: des heutigen preussischen Rechts) vollständig gewonnen sei: so erhebt sich für den denkenden Juristen alsbald eine neue Gruppe ganz anders gearteter Fragen, die mit den bisher erörterten nichts zu tun haben (wenngleich dieser Lösung Vorbedingung für die Aufstellung jener ist). Wenn man sicher und vollständig weiss, welche rechtlichen Wirkungen eine Beerbung des Servitutberechtigten durch den Eigentümer hat, so fragt es sich nunmehr: wie man die durch Servituteinräumung entstehenden rechtlichen Gebilde wissenschaftlich zu begreifen, unter welche Begriffe und Schemata a priori man sie zusammenzuziehen habe. Der rechts empirischen Betrachtung dessen, was sich Eigentümer, Servitutberechtigter und Dritter gegenseitig von Rechts wegen zu leisten haben, folgt die rechts theoretische Erwägung, wie diese inhaltlich nunmehr bekannten Rechtsverhältnisse begrifflich aufzufassen und zu klassifizieren seien.

Da bieten sich, in dem hier interessierenden Punkte, formal zwei Möglichkeiten:

entweder stellt man den Begriff der Servitut dahin fest: „beschränktes Recht an fremder Sache“ — dann muss man für die rechtlichen Wirkungen, die bei Beerbung des Servitutberechtigten durch den Eigentümer und in ähnlichen Fällen eintreten, eine besondere Formel finden, weil dann eine Servitut an eigner Sache logisch unmöglich ist,

oder aber man formuliert einen Begriff der Servitut, der davon, dass sie ein Recht an fremder Sache sei, nichts enthält.

Die erste Definition war im Anschluss an die Terminologie der römischen Juristen in der Doktrin des gemeinen

Rechts allgemein üblich, psychologisch zu erklären aus der Tatsache, dass das römische Recht nur vereinzelte Ausnahmefälle der hier in Rede stehenden Nachwirkung des servitutbegründenden Rechtsaktes kannte. Nachdem sich dies in der neueren deutschen Gesetzgebung wesentlich geändert hat, sind die Juristen vielfach zu der zweiten Definition übergegangen. Dernburg[1]) z. B. redet nicht von „Rechten an fremden Sachen", sondern von „begrenzten dinglichen Rechten", mit der Begründung: „Gemeinrechtlich bezeichnet man die dinglichen Rechte ausser dem Eigentume als „Rechte an fremder Sache". Dies war zutreffend, weil nach dem Grundsatze des gemeinen Rechtes solche Rechte an eigener Sache nicht begründbar waren und nicht fortbestehen konnten, wenn sie an den Eigentümer der Sache gelangten. Nach dem B. G. B. sind jene Sätze sehr wesentlich eingeschränkt. . . . . Der Ausdruck Rechte an fremder Sache ist daher für Rechte dieser Art nicht mehr zutreffend." Ebenso wird das Merkmal der fremden Sache in der Definition der „jura in re" getilgt von Stammler,[2]) der dabei zugleich als erster einen wirklich scharfen Begriff der begrenzten dinglichen Rechte gegenüber dem Eigentume formuliert, indem er den Unterschied nicht in dem Inhalte der Rechte, sondern in dem für sie geltenden formalen Instanzenzuge erblickt.

Welche von beiden Verfahrensarten richtig sei, soll hier nicht untersucht werden, weil diese nicht möglich wäre ohne eine kritische Erörterung der Methodik juristischer Begriffsbildung überhaupt. Soviel ist aber jedenfalls gewiss: formal sind beide Wege möglich, aber sie schliessen sich auch aus. Dagegen ist es ein innerer Widerspruch, Servitut zu definieren als Recht an fremder Sache und doch zu behaupten oder zuzugeben, dass „ausnahmsweise" auch der Eigentümer die Servitut erwerben könne. Solch perplexes Verfahren ist, psychologisch erwogen, nur möglich,

1) „Bürg. R." III § 62, S. 193.
2) „Eig. und B." S. 303—306.

wenn der betreffende Jurist — wir wiederholen es — sich nicht klar ist über den Unterschied von Rechtsempirie und Rechtstheorie.

Der Begriff der Servitut bietet noch in einer anderen Richtung lehrreiche Gelegenheit zu einer Betrachtung über Rechtsempirie und Rechtstheorie und die unzulässige Vermengung dieser beiden Methoden. Ich meine den berühmten Satz: servitus in faciendo consistere nequit. Ist dies ein (analytischer) Satz der Rechtstheorie oder ein synthetischer der Rechtsempirie? Da unter den Juristen darüber Einhelligkeit herrscht, dass die Servituten zu den „Rechten an Sachen", den „dinglichen Rechtsverhältnissen" gehören, so hängt die Entscheidung der genannten Frage von der Feststellung des Begriffs der dinglichen Rechte ab. Nun ist freilich gerade dieser Begriff selbst streitig. Manche erblicken das Wesen des dinglichen Rechtsverhältnisses darin, dass es eine besondere rechtliche Beziehung des Berechtigten zur Sache darstelle, andere dagegen in der Art, wie durch das Rechtsverhältnis Menschen rechtlich gebunden würden. Wissenschaftlich haltbar ist allein der letzte Standpunkt.[1]) Denn rechtliche Regeln können sich immer nur

1) Ich schliesse mich im folgenden den Ausführungen von Stammler über Verbindungs- und Ausschliessungsverhältnisse („W. u. R." S. 250 ff.; „R. d Sch." S. 7—11; „Eig. u. B." S. 302; „Schuldv." S. 612) an. Allerdings muss ich dabei eins bemerken (vgl. die weiteren Angaben im Texte): so aufhellend die Darlegungen von Stammler wirken, so will es mir doch scheinen, als ob auch bei ihm das Wesen der Ausschliessungsverhältnisse mehr angedeutet als wirklich scharf bestimmt sei. Wenn er ihr Wesen gegenüber den Verbindungsverhältnissen darin erblickt, dass Menschen von bestimmter sozialer Betätigung „ausgeschlossen" würden, so bedarf solche Begriffsbestimmung, um nicht missverstanden zu werden, noch der Klärung. „Ausschliessen" kann doch nur heissen: Menschen bestimmtes Tun untersagen; dies ist aber auch bei obligatorischen Verhältnissen (die ja auch auf ein Unterlassen gehn können) möglich. Nicht das Ausschliessen als solches macht das Wesen der Ausschliessungsverhältnisse aus, sondern, dass dadurch grundsätzlich alle Menschen „von bestimmter sozialer Betätigung ausgeschlossen werden", wie im Texte näher dargelegt worden.

an Menschen wenden, niemals an Sachen. Natürlich kann man sagen, dass das dingliche Recht dem Berechtigten „eine Sache unterwerfe", die Herrschaft über sie verleihe, und dieses eine rechtliche Beziehung zwischen dem Berechtigten und der Sache nennen. Aber man muss sich dann darüber klar bleiben, dass es sich bei solcher Ausdrucksweise nur um ein Bild handelt, und dass nicht neben der rechtlichen Beziehung von Mensch zu Mensch, wie sie auch das dingliche Rechtsverhältnis enthält, eine zweite rechtliche Beziehung zur Sache tritt. Vielmehr besteht diese sogenannte rechtliche Beziehung zur Sache eben in der besonderen Art, in der bei dinglichen Rechtsverhältnissen Menschen an Menschen rechtlich gebunden werden.

Es zeigt sich nämlich bei schärferer Überlegung, dass die Rechtsordnung, wenn sie Menschen zu bestimmtem Verhalten (Tun oder aber Unterlassen) einander gegenüber verpflichtet, hierbei in dreierlei verschiedener Form verfahren kann.

1. Erstens kann sie generell bestimmtes Tun grundsätzlich allen Menschen in gleicher Weise untersagen, z. B. dass einer den anderen töte, ihn an seiner Gesundheit schädige, in der Freiheit seiner Bewegung beeinträchtige, seiner Ehre zu nahe trete[1]) u. s. w.

oder sie verbindet die Menschen zu besonderen rechtlichen Beziehungen, kraft deren der eine dem anderen etwas Besonderes zu leisten hat (im Tun oder Unterlassen). Diese besonderen rechtlichen Verhältnisse, für die wir den Namen der „Rechtsverhältnisse" haben,[2]) können zweierlei Art sein. Entweder nämlich

2. werden durch das Rechtsverhältnis nur einzelne Menschen (einer oder mehrere, jedenfalls aber konkrete, durch besondere Rechtstitel bezeichnete) zu einem Tun oder

---

1) Hieraus entstehn die sog. Rechte am Leben, an der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre.

2) Über das Verhältnis der Begriffe „Recht" und „Rechtsverhältnis" s. Stammler „W. u. R." S. 250 ff.; „R. d. Sch." S. 9 Anm. 1.

Unterlassen verpflichtet, derart, dass der Berechtigte, wenn er jemand zu rechtlichen Pflichten heranziehen will, jedesmal dartun muss, dass gerade dieser durch das Rechtsverhältnis betroffen werde,

3. oder aber, es wird grundsätzlich allen Menschen zu Gunsten eines Bestimmten ein gewisses Tun untersagt (sie also zu einem Unterlassen[1]) verpflichtet), derart, dass der Berechtigte zunächst jedem Dritten solches Tun verwehren kann und dass der Dritte, der ausnahmsweise zu dem Tun berechtigt zu sein glaubt, seinerseits für sein Dürfen einen besonderen Rechtstitel geltend machen muss.

Das sind die beiden Arten von Rechtsverhältnissen, die man nach Stammler[2]) als „Verbindungsverhältnisse" und „Ausschliessungsverhältnisse" bezeichnen kann, und deren Unterschied also darin liegt, dass bei den einen nur konkrete, allemal durch besondere Gründe bestimmte, bei den anderen grundsätzlich alle Menschen gebunden werden. Die Verbindungsverhältnisse umfassen einerseits die sogenannten obligatorischen oder „Schuldverhältnisse", andererseits die Familienrechtsverhältnisse. Die Ausschliessungsverhältnisse wiederum sondern sich in solche, die die Benutzung von Sachgütern (gänzlich oder in bestimmten Beziehungen) untersagen — das sind die „dinglichen" Rechtsverhältnisse — und solche, die eine andere Art menschlicher Betätigung (z. B. den Gebrauch eines bestimmten

---

1) Nur auf ein Unterlassen kann die Verpflichtung grundsätzlich aller Menschen gehn. Denn die rechtliche Verpflichtung zu einem positiven Tun muss immer konkrete empirische Voraussetzungen (nach Zeit und Ort) haben; dagegen kann die Negative, dass bestimmte Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, generell, ohne Begrenzung nach Ort und Zeit, ausgesprochen werden. Die Rechtsordnung kann wohl sagen: „Niemals darf jemand diesen Namen gebrauchen, auf diese Sache irgendwie einwirken" oder dergleichen, aber nicht: „Jedermann ist verpflichtet, diese oder jene Handlung vorzunehmen". Im letzten Falle würde vielmehr notwendig die Frage mindestens nach dem „Wann?" entstehn.

2) „R. d. Sch." S. 9.

Namens oder Zeichens, Vervielfältigung oder auch nur Kundgebung eines bestimmten Geistesproduktes) untersagen.

Hiernach ergibt sich, dass das dingliche Rechtsverhältnis als solches niemals auf ein Tun gehn kann: wenn ein Mensch einem anderen nach empirischer Rechtssatzung zu einem Tun verpflichtet ist, so liegt zwischen ihnen eben ein Verbindungsverhältnis vor.

Zu dem gleichen Ergebnisse (dass nämlich das dingliche Rechtsverhältnis niemals auf ein Tun gehn kann) müssten aber auch die gelangen, die — mit Unrecht — das Wesen der dinglichen Rechte in einer rechtlichen Beziehung zwischen dem Berechtigten und der Sache erblicken. Denn diese angebliche rechtliche Beziehung zur Sache kann natürlich erst recht nicht darin bestehn, dass ein Mensch etwas zu tun verpflichtet wäre. Es bleiben also für die Frage, wozu das dingliche Rechtsverhältnis möglicherweise verpflichten könne, nur die darin angegebenen Beziehungen zu Menschen übrig, und diese gehn, wie vorher gezeigt, notwendigerweise immer nur auf ein Unterlassen.

Da nun die Servituten unzweifelhaft und unbestrittenermassen Unterarten der „dinglichen Rechte“ sind, so folgt, dass der Satz „servitus in faciendo consistere nequit“ logisch notwendig (weil durch den Begriff der Servitut gegeben) ist und mithin keine Ausnahme davon möglich ist. Diese an sich so einfache Sachlage wird von den Juristen verkannt, wenn sie für das römische Recht mit Rücksicht fr. 33 de serv. pr. urb. (8,2) behaupten, dass die servitus oneris ferendi eine Ausnahme von jenem Satze gemacht habe,[1]) und für

1) Besonders charakteristisch Dernburg „Pand.“ 1 § 236, S. 563 f., der vorher versichert hat, dass der Satz „servitus in faciendo consistere nequit“ dem „Wesen des dinglichen Rechts“ entspreche. Zum Schlusse heisst es dann wieder: „Die Logik erkennt zwar, dass die servitus oneris ferendi mit ihrer, dem Eigentümer der dienenden Sache aufgelegten, Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahrt, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthält. Aber die Logik nötigt uns nicht, ein derartiges Gebilde des positiven Rechtes für unzulässig zu erachten.“ Ganz recht: unzulässig ist das Gebilde gewiss

das B. G. B. die Möglichkeit von Ausnahmen aus §§ 1021 f. herleiten wollen. Das beruht wieder auf einer Verwechselung von Rechtstheorie und Rechtsempirie. Was im Verhältnisse zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigentümer der belasteten Sache rechtens ist, was sie einander nach empirischer Rechtsvorschrift zu leisten haben, darüber gibt der Satz: „servitus in faciendo consistere nequit" nicht die mindeste Auskunft. Das festzustellen, ist Sache der Rechtsempirie, und natürlich kann das Gesetz bestimmen, dass der Eigentümer der Sache zur Instandhaltung irgend einer Einrichtung oder aber zu irgend einem andern Tun verpflichtet sei, wie solches fr. 33 cit. für den Eigentümer, auf dessen Grundstück ein servitus oneris ferendi ruht, zweifellos vorschreibt. Aber wenn nun die Rechtstheorie kommt und entscheiden soll (nicht: wozu der Eigentümer des belasteten Grundstückes verpflichtet sei, denn diese Frage muss gelöst sein, wenn der Fall vor das Spruchgericht des Rechtstheoretikers gelangt, sondern): wie die zwischen den beteiligten Personen bestehenden rechtlichen Beziehungen begrifflich zu erfassen seien, so muss sie, wenn sie nicht mit ihrem eigenen Begriffe der Servitut in Widerspruch geraten will, sagen: zwischen den beteiligten Personen liegt nicht nur eine Servitut, sondern gleichzeitig ein Verbindungsverhältnis (nämlich eine sog. Reallast) vor: das, was die Quellen „servitus oneris ferendi" nennen, ist, wissenschaftlich betrachtet, eine Verbindung einer Servitut mit einer Reallast.

Ob nun vielleicht die empirische Rechtsordnung derartige rechtliche Verhältnisse hinsichtlich der Ablösung, der Eintragung[1]) oder in anderen Beziehungen den echten

nicht; aber statt nun zu erkennen, dass dieses Rechtsgebilde, wissenschaftlich betrachtet, keine blosse Servitut sei, sondern eine Verbindung von Servitut und Reallast, polemisiert D. in einer Anmerkung gegen solchen Versuch, „was als Einheit gedacht ist, willkürlich zu zerreissen". Ob die „Willkür" in der Begriffsbildung nicht doch auf Seiten Dernburgs ist?

1) Vgl. Dernburg „Bürg. R." III § 165, S. 496.

Servituten gleichstellt, sie vielleicht auch, um der Kürze des Ausdruckes willen, Servituten nennt, ist für die wissenschaftliche Frage, ob sie in Wahrheit Servituten seien, gänzlich unerheblich. Das geht nur die Rechtsempirie an, die davon Kunde geben soll, welche Belastungen abgelöst werden können, eingetragen werden müssen u. s. w.: der Rechtstheoretiker hat seinen Begriff von der Servitut a priori. Wenn er eine rechtliche Beziehung zwischen Menschen als Servitut charakterisiert, so will er damit mehr sagen, als dass jene Beziehung „im Sinne des Gesetzes" eine Servitut sei, von dem Gesetze Servitut genannt werde — also kann er seinen Begriff nicht aus dem Gesetze, nicht a posteriori haben.

C. Kreations-, Emissions- und Vertragstheorie.

Sahen wir seither die Nichtbeachtung der Grenzen von Rechtsempirie und Rechtstheorie sich äussern

einmal in der Verkennung der Duplizität einer Rechtsparömie, je nachdem man sie als Satz der einen oder der anderen Wissenschaft nimmt,

das andere Mal in Verstössen gegen die Gesetze der Begriffsbildung,

so wird uns ein neues Beispiel eine andere Folge zeigen, zu der jene Unterlassung reinlicher Scheidung der wissenschaftlichen Methoden geführt hat, nämlich eine unzulässige Vermengung von Erwägungen de lege lata und de lege ferenda.

Über das Wesen des Wechsels herrscht seit langer Zeit ein wissenschaftlicher Streit zwischen verschiedenen Anschauungen, die man als Wechseltheorieen bezeichnet und von denen die wichtigsten sind: die Kreationstheorie, die Emissionstheorie und die Vertragstheorie. Der Streit zwischen diesen Theorieen bestand vor 1900 in gleicher Weise für das Recht der Inhaberpapiere. Jetzt bestimmt darüber § 794 B. G. B.:

„Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluss, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist."

Damit ist nach richtiger Ansicht der Streit jener Theorieen für das Recht der Inhaberpapiere erledigt und gegenstandslos geworden, während er sich für das Wechselrecht noch auf demselben Standpunkte befindet wie vor 1900. So einfach dies nun eigentlich ist, so herrscht doch unter den Juristen hierüber mancherlei Unklarheit. In dem Kommentar von Neumann befindet sich bei § 794 die sonderbare Anmerkung:

„Die konstruktive Streitfrage, ob die Kreation der vollständig ausgefertigten Urkunde (§ 793 Abs. 2 S. 1) oder die Begebung derselben den Verpflichtungsgrund bildet, soll durch § 794 nicht entschieden werden." Diese Bemerkung ist unverständlich. Vor 1900 konnte man allerdings sowohl für das Wechselrecht wie für das Recht der Inhaberpapiere die bekannten „Theorieen" aufstellen (wobei sich nur fragt, was gleich zu erörtern sein wird, ob man diese Anschauungen passender Weise Theorieen nennen sollte), denn der wahre Sinn des geltenden Rechtes war in der Tat streitig. Man sucht in der Wechselordnung vergeblich eine Bestimmung darüber, ob es zur Gültigkeit

1. eines Wechsels genüge, dass der Wechsel tatsächlich ausgestellt worden ist und dass die Ausstellung mit dem (rechtlich vollgültigen) Willen des Ausstellers erfolgt ist (dies nimmt die reine Kreationstheorie an)

2. oder ob ausserdem noch erforderlich sei, dass der Wechsel „begeben", d. h. in den Verkehr gelangt ist, sei die Begebung nun mit oder ohne den (rechtlich vollgültigen)

Willen des Ausstellers erfolgt (eine Modifikation der Kreationstheorie)

3. oder ob vielmehr erforderlich sei, dass Ausstellung und Begebung mit dem (vollgültigen) Willen des Ausstellers erfolgt ist; wohingegen auf Seiten des (ersten) Empfängers ein rechtsbedeutsamer Wille nicht erforderlich wäre (Emissionstheorie)

4. oder schliesslich, ob nicht, wie bei sonstigen rechtsgeschäftlichen Obligationen, auch zur Gültigkeit eines Wechsels notwendig sei, dass nicht nur Ausstellung und Begebung mit Willen des Ausstellers erfolgen, sondern dass auch die Empfangnahme durch den ersten Wechselgläubiger ein gültiges Rechtsgeschäft ist (Vertragstheorie).

Über diese Frage gibt die W. O., wie gesagt, keine Auskunft, wenigstens nicht direkt und nicht zweifellos, und es gründet sich eben auf diese Ungewissheit de lege lata der Streit jener Theorieen, die mithin verschiedene Ansichten über das waren, was im deutschen Reiche hinsichtlich der Entstehung einer Wechselobligation Rechtens sei; es ist also eine Streitfrage der Rechtsempirie, nicht etwa der Rechtstheorie. Ich würde es daher auch ratsamer finden, sie nicht „Theorieen", sondern lieber „Hypothesen" zu nennen, denn unter Hypothese versteht man nach allgemeinem Sprachgebrauche eine Ansicht über Gegenstände der Erfahrung, die sich mit wissenschaftlichen Gründen nicht exakt beweisen, sondern nur mehr oder weniger wahrscheinlich machen lässt, also eine Vermutung oder, mit Kant[1]) gesprochen, ein „Meinen",[2]) und solcher Art sind die ver-

1) „Kr. d. r. V." S. 847 ff.

2) Tatsächlich verwendet man allerdings gerade in der Naturwissenschaft den Ausdruck „Theorie" synonym mit „Hypothese" (vgl. z. B. Kant-Laplacesche Theorie). Indess ist solche Synonymität wenigstens nach meinem Dafürhalten schon für die Naturwissenschaft nicht recht angebracht, für die Jurisprudenz aber entschieden zu verwerfen, weil sie hier notwendig dazu führen muss, die Grenzlinie zwischen Erwägungen der Rechtsempirie und solchen der Rechtstheorie zu verdunkeln. Man muss in der Jurisprudenz also scharf auseinanderhalten:

schiedenen Ansichten über die Erfordernisse der Wechselausstellung. Der Gesetzgeber, der (etwa heute, gelegentlich einer Revision der W. O.) die Frage ordnen wollte, würde die Wahl zwischen den vier Wegen haben, die den 4 oben genannten „Theorieen" entsprächen. Er könnte

I. anordnen: wenn jemand ein Papier schreibt, das den Formvorschriften des Gesetzes über Wechsel (Art. 4 W. O.) entspricht, so ist er mit dem Augenblicke, da er seine Unterschrift unter das Papier setzt, dem darin als Gläubiger genannten wechselmässig verpflichtet (so bestimmt die Wechselordnung klar und deutlich für das Wechselakzept (Art. 21 W. O.)

II. oder er kann bestimmen: die Verpflichtung tritt erst dann ein, wenn der Wechsel aus der Hand des Ausstellers in die Hand eines dritten gelangt ist, wobei es jedoch auf die Art und Weise nicht ankommt, in der das Papier aus der Hand des Ausstellers gekommen ist (so hat das Gesetz für Inhaberpapiere bestimmt in B. G. B. § 794)

III. oder er kann sagen: es ist nötig, dass die Begebung mit dem (rechtlich vollgültigen) Willen des Ausstellers erfolgt ist, wogegen ein entsprechender rechtlicher Wille auf Seiten des Empfängers nicht erforderlich ist

---

Systeme als verschiedene Möglichkeiten, die der Gesetzgeber hat, wenn er rechtliche Anordnungen treffen will,

Hypothesen als verschiedene Ansichten über das, was geltendes Recht sei,

Theorieen als verschiedene begriffliche Auffassungen eines (inhaltlich feststehenden und bekannten) Rechtes.

Der heute übliche Sprachgebrauch verwendet leider das Wort Theorie in einem dreifachen Sinne, nämlich zugleich auch für das, was wir System, und für das, was wir Hypothese nennen würden. Selbst ein Gelehrter mit so scharf ausgeprägter und so konsequent durchgeführter Terminologie wie Stammler redet davon, dass eine Theorie im Bayrischen Landrecht Aufnahme gefunden habe („R. d. Schuldv." S. 91), dass das B. G. B. einer Ansicht gefolgt sei (ib. S. 99; vgl. auch S. 85: „das B. G. B. übernimmt damit einen Begriff des seitherigen Rechtes, dessen Klarstellung . . . der Jurisprudenz noch nicht völlig geglückt war"). Das ist an sich natürlich nur ein Wortstreit, führt aber nur zu leicht die Gefahr sachlicher Verdunkelung herbei.

IV. oder er kann endlich (in Übereinstimmung mit den allgemeinen Vorschriften über Entstehung von Obligationen) vorschreiben, dass nicht nur Ausstellung und Begebung mit Willen des Ausstellers erfolgen müsse, sondern dass auch die Empfangnahme durch den ersten Empfänger ein gültiges Rechtsgeschäft sein müsse.

Zwischen diesen verschiedenen Methoden (die man hier, vom Standpunkte des Gesetzgebers aus, praktisch als „Systeme", nicht als Theorieen bezeichnet) hat der Gesetzgeber freie Wahl. Es ist grundsätzlich verfehlt, davon zu reden, dass das eine System „logisch" oder „theoretisch" (im Gegensatz zu „Utilitäts"-Gründen) das Richtige sei, oder der Rechtskonsequenz entspreche. Für den Gesetzgeber darf es derartige Erwägungen a priori mit Gründen der Logik oder der „Rechtskonsequenz" nicht geben. Für die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten de lege ferenda ist vielmehr der massgebende Gesichtspunkt einzig und allein der: welche Möglichkeit das richtige Mittel zu dem Zwecke sei, den der Gesetzgeber mit seiner Regelung des menschlichen Zusammenlebens erreichen will. Denn jede Rechtssetzung ist ein Akt menschlicher Tätigkeit, der auf Erreichung konkreter Ziele gerichtet ist. (Welches nun die richtigen Ziele sind, das ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist; über sie entscheidet die Politik als Wissenschaft auf der Grundlage der Rechtsphilosophie.)

Für Wechsel und Inhaberpapiere hat also der Gesetzgeber die Wahl zwischen den genannten Systemen, die man der Reihe nach bezeichnen kann als reines Kreationssystem, qualifiziertes Kreationssystem, Emissionssystem, Vertragssystem. Hat er das Gesetz erlassen, ohne dass sich mit Deutlichkeit und Sicherheit ergibt, welches System er zum Gesetze habe erheben wollen, so entsteht damit die Möglichkeit verschiedener Hypothesen über das, was geltendes Recht sei. (Kontroverse der Rechtsempirie.) Sobald aber sicher ist, welche Erfordernisse das Gesetz für das Entstehn der Obligationen aufstellt, so ist für eine

Kontroverse weiter kein Raum mehr, denn die Frage der Rechtsempirie ist damit gelöst, zu Fragen und Zweifeln der Rechtstheorie aber (wie z. B. die Frage nach der Natur des Rechtes des Mieters) ist hier gar kein Anlass geboten, denn wenn man weiss, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung nach der lex lata entsteht, dann ist zunächst alles Wissenswerte erledigt. Vielleicht tauchen später auch mal theoretische Probleme auf, wie der an sich bekannte Entstehungsakt nun wissenschaftlich zu klassifizieren sei, aber um Erwägungen solcher Art handelte es sich bei dem bisherigen Streite der verschiedenen Wechseltheorieen zweifellos nicht.

Deshalb ist die früher angezogene Anmerkung von Neumann wissenschaftlich unhaltbar: „Konstruktive Streitfrage" kann doch sachlich nur heissen: „Frage der Rechtstheorie". Eine solche Frage aber ist in Dingen des Wechselrechts oder der Inhaberpapiere bisher noch garnicht aufgeworfen worden. Die Frage, ob die „Kreation" oder die Begebung den Verpflichtungsgrund bilde, war vielmehr eine Frage der Rechtsempirie, und diese ist für die Inhaberpapiere ganz unzweideutig entschieden worden. Möglich, dass der Gesetzgeber in missverständlicher Auffassung seiner Aufgabe sie nicht hat entscheiden wollen, aber jedenfalls ist sie entschieden.

Dass solche Unklarheit nicht vereinzelt dasteht, vielmehr in mancherlei Variationen bei juristischen Erörterungen über Wechsel und Inhaberpapiere fortgesetzt wiederkehrt, würde sich literarisch leicht belegen lassen. Solches zu tun, kann nicht Aufgabe unserer vorliegenden Arbeit sein, sondern könnte nur in einer systematischen Arbeit über die Methode der Jurisprudenz geschehen. Wohl aber möge ein besonders charakteristisches Beispiel gestattet sein aus einer gelegentlichen mündlichen Äusserung. Ich habe als Teilnehmer an einem juristischen Seminar einmal folgende merkwürdige Auseinandersetzung gehört. Der Leiter des Seminars besprach die verschiedenen Theorieen über das Wesen des

Wechsels und der Inhaberpapiere, bezeichnete als richtig die Vertragstheorie und liess dabei den § 794 B. G. B. lesen. Dann richtete er an einen der Zuhörer die Frage: „Ist hierdurch nun die Vertragstheorie beseitigt?“ „Nein,“ antwortete der Zuhörer, „durch diese Vorschrift ist die Vertragstheorie lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen mit einer Ausnahme durchbrochen worden.“ „Richtig,“ lautete die Antwort des Professors, „das ist auch meine Meinung.“

Aber die Meinung jenes Studenten war und ist, trotz ihrer Billigung durch den Professor, natürlich unrichtig. Ihr Sinn war nicht etwa der: de lege lata gelten grundsätzlich für die Entstehung rechtsgeschäftlicher Obligationen die Forderungen eines gültigen Vertrages, nur für die Inhaberpapiere ist dieses Erfordernis fallen gelassen worden. Denn diese Tatsache, dass die Vorschrift des § 794 eine Ausnahme gegenüber dem Grundsatze darstellt, der unser geltendes Obligationsrecht zweifellos beherrscht, ist freilich richtig, aber andererseits so selbstverständlich und sonnenklar, dass eine darauf gerichtete Frage eine quaestio Domitiana gewesen wäre. Sondern der Sinn von Frage und Antwort war (die vorangegangene Besprechung liess darüber gar keinen Zweifel): Logisch ist allein die Vertragstheorie richtig, aber die leidigen Zweckmässigkeitsrücksichten, die der arme Gesetzgeber nun einmal fortgesetzt nehmen muss, haben ihn veranlasst, jene schöne Theorie durch eine „positive“ Ausnahme zu durchbrechen.

Auf die so verstandene Meinung war nun, unter Anwendung unserer früheren Ausführungen über Rechtsempirie und Rechtstheorie, folgendes zu erwidern. Die Gesetze der Logik sind unerbittlich und bestimmen in ihrem Herrschaftsgebiete selbstherrlich, was richtig und was unrichtig ist. Der Gesetzgeber kann sie nicht beeinflussen oder durchbrechen: Caesar non supra grammaticos — noch viel weniger über den Logikern. Aber die Gesetze der Logik gelten nur für das Erkennen und Auffassen von Gegebenem. Es kann mithin bei Betrachtung einer bestimmten Rechtsordnung

immer nur innerhalb der Rechtstheorie von logischer Richtigkeit die Rede sein. Wo es sich um die Schaffung von Realem, um die Erreichung konkreter Ziele handelt (und das ist bei jeder Gesetzgebung notwendig der Fall), da können nur zwei Fragen auftauchen: einmal, ob das vorgesteckte Ziel als solches richtig sei (diese Frage interessiert hier nicht), und zweitens, welches die rechten Mittel zur Erreichung jenes Zieles seien. Will man die Wahl eines unrichtigen Mittels „unlogisch" nennen, so ist das natürlich nur Geschmacksache; nur muss man sich dabei bewusst bleiben, dass man damit sachlich etwas ganz anderes sagt, an ein ganz anderes Tribunal appelliert, als wenn man einen Begriff, ein Urteil (im Sinne der Logik), eine Schlussfolgerung oder einen Beweis unlogisch nennt. Vielleicht ist ein Weg, den der Gesetzgeber beschreitet, z. B. die Bestimmung, dass bei Wertpapieren zur Entstehung der Verpflichtung einzig die Tatsache der rechtsgültig erfolgten Ausstellung und der „Begebung" erforderlich sei, ein verfehltes Mittel — aber inwiefern soll er dadurch gegen die Gesetze der Logik handeln? Alle Gesetze der Logik können (das sollte seit Kant nicht mehr vergessen werden) unser Wissen niemals erweitern, sondern nur verdeutlichen. Wie will man da mit Mitteln der Logik dartun, dass die Festhaltung an dem Grundsatze: „zur Entstehung von Obligationen ist ein übereinstimmender Wille von Gläubiger und Schuldner nötig", auch für die Wertpapiere „eigentlich" das richtige sei?

Sehr interessant und lehrreich ist es, in diesem Zusammenhange die beiden Begründungen miteinander zu vergleichen, die dem § 794 in den „Motiven" und in der „Denkschrift" mitgegeben sind. Dort heisst es:[1] „Die Vorschriften des Entwurfes über das aus der Ausstellung einer Schuldverschreibung zwischen dem Aussteller und dem Inhaber entstehende Schuldverhältnis beruhen auf der Annahme der verpflichtenden Kraft des von dem Aussteller in

1) Mot. II S. 695.

der Urkunde niedergelegten und verbrieften einseitigen Versprechens . . . Die Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers findet, hat in der Doktrin und in der Praxis der Gerichte stets fortschreitende Anerkennung gefunden. In der Tat finden auch die wichtigsten Rechtssätze über das aus der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber entstehende obligatorische Verhältnis, welche an sich heutzutage kaum noch einer Anfechtung ausgesetzt sind, nur in jener Auffassung ihre natürliche, der Absicht des Ausstellers entsprechende Erklärung. Aus der einseitig verpflichtenden Erklärung des Ausstellers in Verbindung mit dem Umstande, dass die Schuldverschreibung gewöhnlich die materielle causa nicht erwähnt, folgt die regelmässige abstrakte Natur des in der Schuldverschreibung auf Inhaber abgegebenen Versprechens, wie wohl auch die Angabe des Schuldgrundes in der Schuldverschreibung in dem Sinne statthaft ist und vorkommen kann, dass sich der Aussteller die aus dem Schuldgrunde entspringenden Einwendungen gegen seine Verpflichtung vorbehält."

Der Fehler in diesen Ausführungen liegt nach unseren bisherigen Erörterungen klar zu Tage. Jene „Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie . . .", also mit einem Worte: die Kreationstheorie, die nach der Versicherung der Motive in der Doktrin und der Praxis der Gerichte fortschreitende Anwendung gefunden hat, bezog sich lediglich auf das damals, vor 1900, geltende positive Recht (denn nur mit diesem hatten es die Gerichte zu tun), und sie gehörte hier der Rechtsempirie an (denn die Gerichte haben es in ihrer Praxis überhaupt nur mit Fragen der Rechtsempirie zu tun; rechtstheoretische Probleme können nur indirekt die Gerichte beschäftigen, und keinesfalls kann man sich auf die Anerkennung einer Rechtstheorie durch

die Gerichte berufen). Was also hat der Gesetzgeber, der ja gerade neues Recht erst schaffen will, mit dieser Auffassung zu tun, die sich ihrem eigensten Sinne nach lediglich auf ein früheres Recht bezog? Bei der Setzung des neuen Rechtes muss der Gesetzgeber, abgesehen von der sachlichen Richtigkeit des Rechtes, darauf bedacht sein, es so zu formulieren, dass Fragen der Rechtsempirie für das neue Recht möglichst ausgeschlossen sind. Aber bei der Auswahl des einzuschlagenden Weges darf er sich auf eine Ansicht über das frühere Recht nicht berufen. Vielleicht tauchen jetzt, nachdem der frühere Streit über die Inhaberpapiere nunmehr durch § 794 aus der Welt geschafft ist, Probleme der Rechtstheorie auf: während der Rechtskundige nunmehr, froh der neu gewonnenen Klarheit über das, was nach positivem Gesetze Rechtens sein soll, mit Sicherheit in der Anwendung des Rechtes seinen Beruf erfüllen kann, beschäftigen den Rechtsgelehrten in Zukunft vielleicht Fragen nach dem „Grunde" der Verpflichtung und Versuche, die positiven Rechtssätze „natürlich" zu „erklären", d. h. die Gebilde, die sich aus den feststehenden Rechtssätzen ergeben, auf eine wissenschaftliche Formel zurückzuführen, sie unter die a priori gewonnenen Begriffe zu klassifizieren. Aber wie kann der Gesetzgeber nach dem „Grunde" der Verpflichtung fragen, wie kann er die Rechtssätze, die er ja doch allererst schaffen will, aus einer „Theorie" heraus „erklären" wollen? Solange der Gesetzgeber sein Werk, Recht zu formulieren, noch nicht beendigt hat, haben Fragen der Rechtstheorie überhaupt keinen Sinn, weil sie sich ja nur auf ein konkretes Recht, dessen Inhalt bereits bekannt ist, beziehen können . . . hat der Gesetzgeber das Recht aber formuliert, so tritt er für die theoretische Betrachtung des Rechtes von seinem souveränen Standpunkte, der ihm als Gesetzgeber zusteht, alsbald zurück: wenn er sich über die theoretische Auffassung des neuen Rechtes durchaus äussern will, so hat seine Stimme nicht mehr Gewicht, als

die eines anderen Rechtsgelehrten, und gehört also in die Motive überhaupt nicht recht hin, keinesfalls aber kann solche Äusserung die Richtigkeit des eingeschlagenen legislatorischen Weges rechtfertigen.

Wozu also die gelehrt aussehenden Ausführungen, wo eine Darlegung genügt hätte (aber auch nötig gewesen wäre), dass zur Erreichung des richtigen Zieles die Vorschrift des § 794 das richtige Mittel gewesen sei? Und nun ist es merkwürdig, zu sehen: in der „Denkschrift" findet sich von der ganzen schönen Begründung der Motive, von der Frage nach dem „Grunde" der Verpflichtung, von einer „natürlichen Erklärung" des § 794 keine Silbe. Mit dürren Worten wird in der Denkschrift gesagt, was schon in den Motiven hätte gesagt werden müssen: dass die gewählte Art, das Recht der Inhaberpapiere zu ordnen, das rechte Mittel zum rechten Ziele sei. Es heisst dort:[1]) „Ist eine gültig ausgestellte Schuldverschreibung auf den Inhaber ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt, insbesondere ihm gestohlen oder verloren gegangen, so würde der redliche Erwerber in einer mit der Verkehrssicherheit nicht verträglichen Weise geschädigt werden, wenn der Aussteller ihm aus diesem Grunde die Leistung verweigern dürfte. Dem Erwerber kann nicht zugemutet werden, zu prüfen, ob das Papier ordnungsmässig ausgegeben worden ist, vielmehr erscheint es billig, dass, wer die Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber unternimmt, die damit verbundenen Gefahren und Nachteile trägt." Das ist klar und deutlich, warum also nicht gleich, schon in den Motiven, so? Weil auch die Verfasser der Motive Rechtsempirie und Rechtstheorie nicht auseinanderhielten.

1) Seite 94.

IV.

„Es ist etwas faul“ im Staate der Rechtswissenschaft — dieses niederschlagenden Bewusstseins wird sich kein Jurist, wenigstens kein erkenntniskritisch geschulter, erwehren können. Zwar ist auch in anderen Wissenschaften, und nicht zuletzt in den sog. „exakten“ Naturwissenschaften, vieles, ja vielleicht das meiste unter den Gelehrten streitig, und es macht sich dies auch in der praktischen Verwertung jener Wissenschaften gar oft störend bemerkbar: mancher Patient vermöchte nur mit Betrübnis davon zu erzählen, wie dieselben objektiven Symptome von den einzelnen Ärzten so ganz verschieden und entgegengesetzt beurteilt und behandelt werden. Doch dabei handelt es sich überall um empirische Einzelheiten, und das Wesen der Erfahrung besteht nun einmal darin, dass der Stand wissenschaftlicher Einsicht im allgemeinen wie des Einzelnen von der Summe des bisher Erfahrenen abhängt. Eine solch grundsätzliche Meinungsverschiedenheit dagegen über die rein formale Methode des Erkennens, wie sie unter den Juristen an der Tagesordnung ist, gibt es denn doch in keiner andern Wissenschaft (nur die Erkenntnistheorie müssen wir freilich ausnehmen; bei der liegen aber die Gründe dafür in der Natur dieser Wissenschaft, die auf die obersten Probleme menschlichen Denkens überhaupt geht). Und ebensowenig finden sich in andern Wissenschaften so häufig logische Verstösse selbst in den Arbeiten der bedeutendsten Gelehrten.

Zwar ist die grundsätzliche Opposition gegen Erwägungen a priori in Dingen des Rechts, wie sie von

manchen Juristen vertreten wird (ohne dass diese übrigens, wie nur natürlich, imstande wären, solche Opposition konsequent durchzuführen), ganz und gar unberechtigt. Aber es lässt sich nicht leugnen, dass mit solchen Erwägungen a priori Missbrauch getrieben wird, und zwar — mirabile visu — zum Teile gerade von denen, die grundsätzlich alle Möglichkeit von Erkenntnis a priori in Abrede stellen. Die grimmigsten Feinde des Naturrechtes der früheren Schule waren, wie bekannt, vielfach merkwürdig schnell bereit, empirische Sätze eines geschichtlichen Rechtes als logisch notwendig zu deduzieren; man braucht nur an den Satz von Puchta zu erinnern, dass eine Übertragung der Obligation unmöglich sei,[1]) womit er nicht etwa einen analytischen Satz der Rechtstheorie aufstellen wollte,[2]) sondern einen synthetischen Satz der Rechtsempirie a priori zu rechtfertigen gedachte.

Dass wir in der formalen Jurisprudenz Begriffe a priori haben, ist sicher. Für einzelne Begriffe ist dies auch bereits nachgewiesen, so z. B. für den Begriff des Eigentums von Stammler.[3]) Aber systematisch ist die Frage noch nicht untersucht worden. Noch ist der Grund der Möglichkeit solcher Begriffe nicht aufgedeckt, obwohl doch dieser Punkt zu Nachdenken Veranlassung gibt. Denn dass wir in Dingen rechtlicher Betrachtung überhaupt Erkenntnis a priori haben, ist vom Standpunkte der kritischen Philosophie aus freilich nicht weiter verwunderlich, weil auch das Recht schliesslich nur ein Mittel im Dienste menschlicher Zwecke ist und schon als solches der obersten Gesetzmässigkeit des Wollens unterliegt, die immer nur a priori sein kann. Auffallend aber und merkwürdig muss es auf den ersten Blick erscheinen, dass auch die formale Jurisprudenz, die sich ihrem Ziele nach ausschliesslich mit einer konkreten empirischen Rechtsordnung befasst und

1) „Pand." § 280 S. 426.
2) So verstanden, wäre der Satz in der Tat diskutabel, s. oben S. 32.
1) „Eig. u. B." S. 302.

diese für sich nimmt, als letztes Objekt der Erkenntnis, weil und wie sie da ist — dass auch die formale Jurisprudenz Begriffe a priori aufweist. Der Untersuchung nach kritischen Maximen harrt auch die Frage noch, ob sich der Besitz der formalen Jurisprudenz an Erkenntnismitteln a priori auf Begriffe a priori beschränkt oder ob sie auch Grundsätze a priori enthält.

Not aber täte es, hierüber zur Klarheit zu gelangen, denn gar zu fühlbar machen sich die Folgen solcher methodologischer Ungewissheit. Infolge der ewigen Bruderzwiste ist das Ansehen des Reiches bei seinen Nachbarn nicht eben gross, und auch im Innern ist's unbehaglich genug.

So ist es Zeit, dass auch in der formalen Jurisprudenz die bewährte Losung der kritischen Philosophie ausgegeben werde: „Wie ist Erkenntnis a priori möglich?“

Lebenslauf.

Ich, Simon Wilhelm Eduard Walter Habrucker, evangelischer Konfession, bin geboren in Königsberg i. Pr. am 1. Mai 1878 als ältester Sohn des Dr. phil. Paul Habrucker (damals Custos an der Königlichen und Universitätsbibliothek in Königsberg, später an der Königl. Universitätsbibliothek in Marburg, daselbst im April 1891 gestorben.) Von meinem 6. Lebensjahre an zunächst durch Privatunterricht vorbereitet, besuchte ich von Ostern 1887 bis Ostern 1888 das Königl. Friedrichskollegium in Königsberg, von Ostern 1888 bis Michaelis 1891 das Königl. Gymnasium in Marburg, von Michaelis 1891 ab wieder das Friedrichskollegium in Königsberg. Nachdem ich hier im März 1896 das Reifezeugnis erlangt hatte, studierte ich 7 Semester hindurch die Rechte, und zwar die beiden ersten in Königsberg, das dritte in Marburg, das vierte und fünfte in Königsberg, das sechste in Berlin und das letzte wieder in Königsberg. Hier bestand ich am 21. Februar 1900 die erste juristische Prüfung und wurde darauf zum Referendar im Bezirke des Königl. Oberlandesgerichtes in Königsberg ernannt, später aber in den Bezirk des Königl. Oberlandesgerichtes in Cassel übernommen. Meine Ausbildung habe ich erhalten:

in Wehlau (Ostpr.) beim Amtsgerichte,

in Königsberg beim Landgerichte, der Staatsanwaltschaft und in den Geschäften der Rechtsanwaltschaft und des Notariats,

in Marburg beim Amtsgerichte,

in Cassel beim Oberlandesgerichte.

Während des Vorbereitungsdienstes bin ich längere Zeit zu philosophischen Studien beurlaubt gewesen. Gegenwärtig stehe ich vor der grossen Staatsprüfung.

Das examen rigorosum habe ich am 29. Oktober 1906 magna cum laude bestanden.

Thesen.

I.

„Eigentum“ und „Servitut“, wie überhaupt alle Begriffe der Rechtstheorie sind Begriffe a priori im Sinne Kants.

II.

Der Begriff des Eigentums ist freilich ein allgemeingültiger Begriff in dem Sinne, dass er auf jede nur irgendwie denkbare Rechtsordnung anwendbar ist. Diese (im strengen Sinne des Wortes) allgemeine Gültigkeit des Eigentumsbegriffes bedeutet jedoch, entsprechend der Eigentümlichkeit aller Rechtsbegriffe a priori, lediglich eine Möglichkeit formal besonders gestalteter Verknüpfung von Menschen, wobei die Frage offen bleibt, ob die konkrete Rechtsordnung von dieser, a priori einzusehenden, Möglichkeit Gebrauch gemacht hat: es lässt sich eine Rechtsordnung denken, nach der es überhaupt kein Eigentum gibt.

III.

Es ist wissenschaftlich nicht richtig, bei der Cession und verwandten Rechtsakten von einem „Übergange“ der subjektiven Rechte zu sprechen. Solche Ausdrucksweise hat, mit der darin notwendig enthaltenen Hypostasierung der Rechte, gleich als wären sie selbständig existierende Dinge, nur als Bild und als kurze Bezeichnung für einen in Wahrheit anders aufzufassenden rechtlichen Vorgang Berechtigung.

IV.

Der Streit zwischen dem „punitur quia peccatum est“ und „punitur ne peccetur“ beruht auf einem Fehler in der Fragestellung, nämlich auf einer Verwechselung des (einheitlichen und a priori bestimmbaren) Begriffes der Strafe mit den empirisch bedingten und wechselnden Zwecken, die mit der Androhung, Verhängung und Vollstreckung der Strafen jeweils verfolgt werden.

V.

Die herrschende Lehre von den Individualitätsrechten ist theoretisch unhaltbar und führt sogar in praxi, bei der Anwendung der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften, die Gefahr rechtsempirischer Irrtümer herbei.

VI.

Die Rechtslage, die sich aus einer Anwendung von § 320 Abs. 2 B. G. B. ergiebt, ist rechtstheoretisch dahin zu konstruieren: dass der exceptio non adimpleti contractus eine replicatio doli gegenüberstehe.